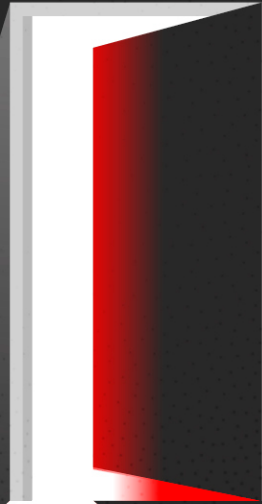




Universidad Autónoma
del Estado de México

Teoría constitucional

para la Licenciatura
en Derecho



Joaquín **Ordóñez**

Teoría constitucional

**para la Licenciatura
en Derecho**



Doctora en Ciencias Sociales
Martha Patricia Zarza Delgado
Rectora

Doctora en Ciencias Computacionales
Arianna Becerril García
Secretaria de Ciencia

Doctor en Derecho
Hiram Raúl Piña Libien
Encargado del Despacho de la Dirección

Maestra en Análisis y Visualización de Datos Masivos
Alma Rosa Segundo Escobar
Directora de Bienes Públicos del Conocimiento

Teoría constitucional para La licenciatura en Derecho

Joaquín Ordóñez

*"2026, Conmemoración del ingreso de la científica y académica
Elena Cárdenas Guerrero al Instituto Científico y Literario"*

Universidad Autónoma del Estado de México
Toluca, 2026

Teoría constitucional para la Licenciatura en Derecho / Joaquín Ordóñez.
1ª ed.
Toluca, Estado de México: Universidad Autónoma del Estado de México, 2026.
242 p.

Incluye referencias bibliográficas (pp. 229-239)

ISBN 978-968-9718-71-0 (PDF)

1. Derecho Constitucional – México – Enseñanza.

I. Universidad Autónoma del Estado de México, ed.

KGf 2921 074



Teoría constitucional para la Licenciatura en Derecho Joaquín Ordóñez

Libro sometido a sistema antiplagio y publicado con la previa revisión y aprobación de pares doble ciego externos que forman parte del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores, nivel I. Expediente de obra 414/08/2024, Dirección de Bienes Públicos del Conocimiento, adscrita a la Secretaría de Ciencia de la Universidad Autónoma del Estado de México.

Primera edición: 11 de mayo de 2026

D.R. © Universidad Autónoma del Estado de México

Instituto Literario núm. 100 Ote., col. Centro

C.P. 50000, Toluca, Estado de México

<https://www.uaemex.mx>

ISBN 978-968-9718-71-0 (PDF)

DOI: <https://doi.org/10.36677/teoria-constitucional-derecho>

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad Autónoma del Estado de México.

El contenido de esta publicación es responsabilidad del autor.



Esta obra, en su versión digital, está sujeta a una licencia *Creative Commons* Atribución-NoComercial-CompartirIgual (CC BY-NC-SA). Puede ser utilizada para libros abiertos, ya que permite a los usuarios copiar, redistribuir, remezclar, adaptar y crear obras derivadas del material en cualquier medio o formato, con fines no comerciales, siempre que se otorgue el crédito correspondiente a la autoría original. Asimismo, toda obra derivada deberá distribuirse bajo la misma licencia. Disponible para su descarga en acceso abierto en: <https://ri.uaemex.mx>
Hecho en México

Índice

8	Introducción
14	Capítulo 1. Las generalidades de la Constitución
20	Objeto
22	Función
25	Fin
27	Naturaleza
29	Contenido
35	Papel desempeñado
38	Criterios de clasificación
46	Capítulo 2. El concepto de Constitución de diversos teóricos
47	Ferdinand Lassalle
56	Maurice Hauriou
63	Santi Romano
69	Hans Kelsen
75	Carl Schmitt
95	Hermann Heller
106	Paolo Biscaretti
111	Capítulo 3. Los medios de defensa y control de la constitucionalidad
115	Defensa constitucional
118	Control constitucional
121	Medios de defensa
126	Medios de control

137	Capítulo 4. Las principales teorías de la soberanía y el Poder Constituyente
137	Definición de soberanía
145	Función de la soberanía
149	Poder Constituyente
152	Poder Constituyente según Emmanuel José Sieyès
159	Poder Constituyente según Carl Schmitt
161	Poder Constituyente originario y permanente: atribuciones y limitaciones
167	Capítulo 5. La reforma de los principios fundamentales de la Constitución
168	Supremacía de la Constitución
173	Concepto de norma fundamental
182	Concepto de norma básica
187	Reforma a la Constitución
190	Reformabilidad de la Constitución
194	Reformas generales a la Constitución
203	Reformas a los principios fundamentales de la Constitución
229	Fuentes de información
240	Acerca del autor

Introducción

En los estados constitucionales, democráticos y federales, como México, el estudiante de la Licenciatura en Derecho debe cursar la unidad de aprendizaje Teoría Constitucional, y tiene que enfrentarse a la pregunta: ¿Qué es la Constitución? Para darle una respuesta, en dicho currículo se incluye esa asignatura que contiene las ideas de algunos doctrinarios y teóricos de la Constitución y del Derecho que han abordado tal cuestionamiento y le han dado respuesta a su manera. Lo anterior en consideración de que no es posible que el alumno, aún guiado por el profesor, pueda aproximarse de manera óptima al conocimiento en cualquier materia universitaria desde la perspectiva de un solo autor. Pero también la pregunta se aplica a la denominación de la asignatura Teoría constitucional: ¿Qué es la teoría constitucional? En esa pregunta se encuentran inmersas dos cuestiones: una acerca de qué es la teoría y la otra sobre qué es lo constitucional.

La respuesta a lo anterior debe inducir sobre cuál es el alcance y cuáles las limitaciones de esta asignatura, con la finalidad de no incurrir en el error de asignarle otros objetivos u otros contenidos. Por ejemplo, es muy común confundir la teoría constitucional con el derecho constitucional, lo cual puede provocar que el estudiante de Derecho (incluso el profesionalista), tergiversa la aplicación de los conocimientos respectivos, ya que la asignatura de derecho constitucional tiene como función proporcionar las herramientas jurídicas necesarias y adecuadas para hacer factibles los derechos y obligaciones establecidos en ese documento denominado Constitución Política; mientras que la teoría constitucional tiene una función específica: conocer los fundamentos filosóficos, sociales y jurídicos de la Constitución Política, con la finalidad de que el alumno comprenda su ser y su deber ser, así como sus funciones, objeto, fines y características. En este último aspecto es importante aclarar que el estudio de la Teoría Constitucional, en cualquier nivel educativo, satisface la necesidad de conocer y comprender la estructura jurídica fundamental en aquellos estados regidos por un documento de esa naturaleza, es decir, por una Constitución Política, debido a que están organizados en sistemas federales y con una división de poderes (entre otras características) a diferencia de los estados unitarios o los centralistas.

El objetivo y alcance de esta obra trata específicamente sobre teoría constitucional y tiene la finalidad de abordar la Constitución Política desde un punto de vista teórico, sin referencia a la práctica concreta, ya que esto último es una actividad que se reserva a asignaturas como Derecho Constitucional. Asimismo, los temas de jurisprudencia y reformas constitucionales se dejan fuera del cometido, pues no afecta la parte esencial del estudio aquí presentado.

Ahora bien, son tantos los textos existentes sobre la teoría de la Constitución que es muy difícil realizar un compendio de todas ellas, por ello, se presenta (esquemáticamente) lo más importante que se ha producido al respecto. En efecto, el presente es un texto de carácter descriptivo que no pretende otra cosa sino exponer al que se inicia en el estudio de la teoría constitucional las diferentes ideas y posturas que han sustentado o han tratado de sustentar al concepto de Constitución —y todo lo que conlleva— en diversas épocas y lugares. Lo anterior con la finalidad de que se conozca de primera mano y en la medida de lo posible, las posturas relacionadas con la materia. Otra intención es incitar el compromiso con la ciencia, misma que está basada en la construcción de nuevo conocimiento sobre el conocimiento anterior, considerando que las posturas clásicas e históricas son precisamente ese conocimiento “anterior” sobre la Constitución, el cual debe

ser analizado por el estudiante y es el que aquí se presenta. De esta manera, las conexiones lógicas e hipotéticas, así como la metodología y otras circunstancias epistémicas utilizadas por los diversos teóricos aquí presentados no son temas que ocupen un espacio preponderante en este volumen, tal actividad debe ser realizada por medio de la discusión y el ejercicio dialéctico profesor-alumno al interior de las aulas.

Las teorías y sus autores se presentan agrupados de acuerdo con los temas que, de manera coherente, están sistematizados y jerarquizados para el estudio de la teoría constitucional. Se ordenaron de manera cronológica, del más antiguo al más moderno, con la finalidad de que se pueda percibir, en esa sucesión temporal, la relación existente entre cada autor respecto al diseño y contenido de sus teorías.

Es altamente recomendable que el estudiante realice determinadas actividades de búsqueda, comparación y reflexión sobre los fragmentos de los textos históricos, de las teorías presentadas y, sobre todo, del contenido constitucional en el sistema jurídico mexicano, con la finalidad de que reflexione lo aprendido y que las teorías estudiadas no se queden sólo en un nivel conceptual o fragmentario, sino que se puedan cotejar en la realidad constitucional mexicana y completar con la lectura ampliada de los

autores. La detección de normas y preceptos constitucionales concretos, relacionados con la temática, pueden lograr que el alumno ejercite intelectualmente lo que las diversas teorías proponen, dándoles un matiz de actualidad con la posibilidad de que dichas posturas sean criticadas o, al menos, observadas. Por ejemplo, consultar el *Diario Oficial de la Federación* es una herramienta que debe utilizar en toda su estancia como discípulo del derecho, especialmente de la materia de Teoría Constitucional, ya que es el medio de difusión por el que los ciudadanos mexicanos nos enteramos de los movimientos (modificaciones, derogaciones, etcétera) de nuestro sistema jurídico. En el caso particular, debe poner atención a los decretos de reforma constitucional y sus respectivas exposiciones de motivos, no por la reforma en sí, sino por el procedimiento constitucional que implica.

El objetivo general de esta obra es presentar a los alumnos de nivel licenciatura un bosquejo general del pensamiento de los autores más importantes en cuanto a la teoría de la Constitución, para que en un solo volumen puedan tener a la mano sus ideas más significativas, independientemente de la posibilidad de que profundice en cualquiera de ellos mediante la consulta directa de las fuentes de información incluidas. Las preguntas que animan o que deben animar al estudio de la teoría constitucional

son las elementales y referentes a la Constitución: ¿Qué es la Constitución? ¿Cómo se puede clasificar? ¿Qué papel desempeña? ¿Quién la elabora? ¿Quién la aplica? ¿Quién la protege? ¿Quién la obedece? ¿Cuándo se elabora, aplica y obedece? ¿Cuándo se considera vulnerada? Por consiguiente: ¿Cuándo se debe proteger? ¿Cómo es? ¿Cómo inicia y finaliza su vigencia? ¿Cómo funciona? ¿Cuál es su objeto? ¿Cuál es su forma? ¿Cuál es su contenido? ¿Dónde se crea y aplica? ¿Por qué se creó? ¿Para qué se creó?

Estas y otras cuestiones de importancia para la teoría de la Constitución, así como diversas perspectivas teóricas, serán abordadas a lo largo de este libro que se pone a la consideración tanto de alumnos que se inician en el estudio de la Constitución como asignatura obligatoria del currículo del licenciado en derecho (o que simplemente quieren abundar en algún tema relacionado), como de profesores y académicos que la imparten (o que requieren un apoyo didáctico para su labor docente), por lo que se espera sea de utilidad para ambos y, en última instancia, sea en beneficio del Estado mexicano que, desde luego, está regido por una Constitución Política.

Capítulo 1.

Las generalidades de la Constitución

Una Constitución es un documento jurídico con implicaciones políticas y sociológicas, por tal razón merece ser analizada desde esos puntos de vista y desde la postura de diversos autores. De ello se desprende históricamente la corriente constitucionalista como una de las maneras de codificar lo relativo al Derecho Público:

el constitucionalismo puede ser comprendido como una noción histórica porque con ella se designa una realidad vinculada a una estructura política específica, que encuentra su momento a finales del siglo XVIII y representa la plasmación positiva del iusnaturalismo racionalista e ilustrado, que hizo de los derechos naturales el fundamento de la comunidad política y del contrato social el artefacto para sustentar las instituciones políticas.¹

¹ Núñez Leiva, J. Ignacio, "El Constitucionalismo, un puzzle para armar (o para desarmar)", 2017, p. 467.

Desde la perspectiva sociológica se ha considerado que el derecho es un hecho social y “un simple componente de los fenómenos sociales y susceptibles de ser estudiados según los nexos de causalidad no diversos de los que ordenan los hechos del mundo físico”.² Por tal motivo, desde la perspectiva sociológica, el ordenamiento constitucional positivizado se tiene que fundamentar en la realidad social, haciendo la clara distinción de que la Constitución no es, entonces, un producto del intelecto o de la racionalidad humana, tampoco de una fuente divina, por ello, existen autores que la consideran desde esa perspectiva sociológica con base en lo siguiente:³

- a) Es una forma de ser y no de deber ser.⁴
- b) Es inmanente de las situaciones y estructuras sociales actuales.
- c) Por tanto, no es una norma trascendente, debido a que la sociedad tiene su propia normatividad.
- d) Se concibe en torno de la vigencia más que de la validez, por la práctica y efectividad de sus normas en la realidad social.

² Reale, Miguel, *Filosofía do direito*, 1965, p. 381.

³ Cfr. Da Silva, José Alfonso, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, 2003, p. 8.

⁴ Esta afirmación se da desde la perspectiva sociológica, frente a la cual la gran mayoría de opiniones difieren y afirman que las normas jurídicas positivas, incluyendo las constitucionales, son supuestos de deber ser.

Respecto al punto de vista político, se supone que la esencia de la Constitución está más allá de la ley o de la norma, por lo que es considerada como una decisión de los titulares del Poder Constituyente en su carácter de representantes del pueblo al interior de un Estado o sociedad con régimen democrático o tal vez de una decisión del monarca en una monarquía, según corresponda,⁵ o de cualquier otro régimen político o estatal.

Desde el punto de vista jurídico, la Constitución es un conjunto de normas jurídicas y es también una ley fundamental que organiza al Estado. A diferencia de la perspectiva sociológica, aquí sí se considera que lo jurídico es un producto del intelecto y de la razón del ser humano, que se deduce de ciertos principios capaces de darle forma a la realidad social. Por ello, este punto de vista eminentemente jurídico es contrario al sociológico, ya que considera a la Constitución como una norma pura, sin influencia de la sociedad o de la política, o de cualquier juicio de tipo moral.⁶ Pero el aspecto jurídico no es unívoco, éste acepta varias posturas y acepciones:

⁵ Cfr. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, 1996, p. 27.

⁶ Cfr. Ibídem, pp. 2-7.

aun en el lenguaje jurídico, es utilizada en sentidos diversos a pesar de que en principio refiere el documento fundante de un Estado de carácter jurídico-político. El significado de este término depende de su contextualización histórica, temporal e incluso cultural, además de que el constitucionalismo, entendido como conjunto de factores que pretenden calificar una Constitución, es un conjunto de ideas o principios que se basa en determinada filosofía política. No obstante [...] se utiliza para referirse a la [...] norma jurídica que establece las bases organizativas de un Estado.⁷

El vocablo Constitución ha tenido múltiples acepciones de la autoría de otros tantos teóricos que han marcado la pauta para precisar el término, pero también han generado cierta confusión en cuanto a su definición. Es aquí donde el sentido material del término cobra relevancia:

se refiere a las disposiciones o decisiones de carácter fundamental que resultan de la organización del ejercicio del poder. Se puede sugerir un primer significado de Constitución en sentido material como "el conjunto de normas que establecen la estructura esencial de un Estado, es decir, que lo constituyen". A este primer sentido se le denomina material o sustantivo porque

⁷ Huerta Ochoa, Carla, "Constitución en sentido formal", 2014, p. 191.

se refiere al contenido de las normas constitucionales sin ocuparse de la forma en que sean recogidas. Es por ello que [...] toda Constitución cuenta con un modelo fundacional que se integra por las instituciones [...] fundamentales para el Estado.⁸

Esta concepción “material” de la Constitución es una postura distinta a la jurídica (y a la formal), para ella lo más importante es el contenido propiamente de la Constitución, esto es, la norma en sí y no la forma en la que se expresa esa norma; importa la función inminente que esa norma lleva a cabo, tal como la delimitación y especificación de los derechos a proteger y la estructuración de todo el sistema jurídico donde se incluye la organización del poder. Por otro lado, en un sentido sustancial se entiende:

todos los actos normativos a los que la doctrina de un ordenamiento reconoce relevancia constitucional, incluyendo, además de la Constitución formal [...], también fuentes que no tienen dicho rango, pero que contribuyen a definir la “materia constitucional”, es decir, la estructura fundamental de una comunidad estatal [...]. El concepto debe mantenerse separado tanto de aquel de Constitución material, entendida como un conjunto de decisiones políticas fundamentales que integran el texto constitucional [...], como

⁸ Huerta Ochoa, Carla, “Constitución en sentido material”, 2014, p. 194.

del de 'Constitución viviente', que es la Constitución así interpretada y aplicada por los distintos actores políticos-instituciones.⁹

En suma, la Constitución es un fenómeno jurídico, político y social que regula la conducta humana por medio de preceptos, ya que transforma el poder desnudo en legítimo poder político, de ahí que el gran lema de la lucha por el estado constitucional ha sido la exigencia de que el gobierno de los seres humanos (arbitrario) debe transformarse en un gobierno de leyes (jurídico).¹⁰

En una secuencia estrictamente didáctica (aunque no es la única manera) es recomendable empezar por las generalidades de la materia que se va a estudiar con énfasis en un método deductivo, en otras palabras, ir de lo general hacia lo particular. Así, para iniciar con el abordaje de la teoría constitucional primero es necesario revisar objeto, función, fin, naturaleza, contenido, papel desempeñado, así como algunos criterios de clasificación de la Constitución, con lo que se tendrá un panorama general e introductorio y se podrán responder las preguntas mencionadas en la introducción.

⁹ Bagni, Silvia, "Constitución en sentido sustancial", 2014, p. 196.

¹⁰ Cfr. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 1985, p. 49.

1.1 Objeto

En una de las varias significaciones que proporciona el diccionario explica que “objeto” es “materia o asunto de que se ocupa una ciencia o estudio”,¹¹ específicamente, el objeto de la Constitución es aquello de lo que se ocupa. A su vez “materia” es “idea, hecho o cosa sobre los que se habla, se escribe o se piensa”.¹²

Son pertinentes ambas definiciones, ya que se puede confundir el “objeto” con el “fin”, no haciendo la diferenciación entre “objeto” y “objetivo”. Por ello, lo más adecuado en este apartado es que se aborde el objeto de la Constitución no como un fin (el “fin” será explicado más adelante), sino, precisamente, como las ideas y los hechos sobre las que trata la Constitución.

¿Cuáles son las ideas sobre las que trata? Primordialmente, tal como se verá más adelante en el apartado respectivo, la limitación en el ejercicio de quienes poseen el poder público, es decir, los frenos y contrapesos del poder; pero no es la única, asimismo, están las de la concepción del federalismo, la distribución de atribuciones entre el gobierno federal

¹¹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 2019.

¹² Ídem.

y los locales, el sistema representativo, la división de poderes, los derechos fundamentales, así como la defensa y el control de la constitucionalidad.

¿Cuáles son los hechos sobre los que trata la Constitución? La respuesta es: "el objeto del Derecho constitucional se puede definir como el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos";¹³ independientemente de que esa respuesta se refiere al derecho constitucional (el cual, a pesar de las obvias conexiones conceptuales que tienen, no debe confundirse con la teoría constitucional), los fenómenos políticos pueden ser considerados, principalmente, como los hechos tratados por una Constitución, ya que el fenómeno constitucional surge, principalmente, gracias a ciertos fenómenos políticos a través de la historia, en los cuales hubo ruptura en los acuerdos realizados por los actores de la política y, sobre todo, de los poseedores del poder, ya sea por virtud de una herencia monárquica o de una incipiente elección democrática. Por ello, la delimitación jurídica de situaciones políticas fue una herramienta poderosa en la regulación de esos fenómenos políticos mencionados y se convirtió en una parte del objeto de la Constitución. Aunado a lo anterior, los fenómenos sociales han sido relevantes a la hora de configurar

¹³ Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 1980, p. 17.

constitucionalmente a la política, por lo que también son su objeto.

1.2 Función

El vocablo “función” se define como aquella “tarea que corresponde realizar a una institución o una entidad, o a sus órganos o personas”.¹⁴ Así, las preguntas que se deben responder en este apartado son: ¿Qué es lo que hace la Constitución? ¿Cuál es la tarea que le corresponde realizar? Las respuestas más inmediatas son regir normativamente a una sociedad, garantizar la libertad e igualdad de sus integrantes y contribuir a la cohesión social:

la Constitución es el eje de la vida social. De ella depende el conjunto del aparato normativo que rige a una comunidad; es ella la que establece las bases de legitimación y ejercicio del poder; es en ella donde residen los instrumentos que garantizan la libertad e igualdad de los integrantes de la sociedad. Pero además de las funciones jurídica y política, la Constitución tiene otra de carácter simbólico: es un punto de referencia que auspicia la cohesión social.¹⁵

¹⁴ Real Academia Española, *op. cit.*

¹⁵ Valadés, Diego, *Constitución y democracia*, 2002, p. 107.

Asimismo, tiene una tarea sistematizadora que establece relaciones entre los cuerpos normativos derivados de ella y que regulan a la sociedad, incluso representa a las normas que sirven para la creación, modificación o derogación de otras normas, las cuales tienen como característica una mayor generalidad que las normas secundarias:

la Constitución desempeña, pues, la función esencial de relacionar la totalidad de las normas jurídicas que integran cierto orden. En este sentido, la Constitución representa a la norma o al conjunto de normas que determina las características más generales del procedimiento de creación progresiva del orden jurídico, es decir, contiene las disposiciones más generales de cierto sistema normativo.¹⁶

Se trata del último fundamento jurídico positivo del orden estatal que establece al

órgano encargado de realizar el acto que inmediatamente la aplicará y el procedimiento a través del cual éste debe presentarse, así como [...] el contenido de las normas que la sucederán [...] disponiendo que

¹⁶ Orozco Henríquez, José de Jesús, *El derecho constitucional consuetudinario*, 1993, p. 24.

dichas normas deben cumplir con determinado contenido específico.¹⁷

Como actividades o tareas que debe realizar la Constitución se encuentran varias que están relacionadas con la esencia del constitucionalismo, ya que tiene otras funciones que consisten en:

1. Ordenar el país bajo un Estado de Derecho.
2. Darle estabilidad al ordenamiento para procurar su permanencia.
3. Promover la unidad del orden jurídico.
4. Organizar al Estado.
5. Limitar el poder del Estado.
6. Dividir el poder del Estado.
7. Establecer los derechos, libertades y garantías.¹⁸

Por todo lo anterior, la actividad principal de una Constitución es regir la vida de un Estado, regular el funcionamiento estatal, lo que incluye sus órganos de gobierno y las personas que los integran, y proteger los derechos de la población.

¹⁷ *Ibíd*em, pp. 24 y 25.

¹⁸ Cfr. Escobar Fornos, Iván, *Manual de Derecho Constitucional*, 1998, p. 80.

1.3 Fin

El vocablo “fin” significa “objeto o motivo con que se ejecuta algo”,¹⁹ es decir, atiende al propósito o finalidad, para lo cual se tienen que responder las preguntas ¿Cuál es el propósito o el *telos* de la Constitución? ¿Para qué está hecha la Constitución? La respuesta es:

primero, las constituciones son instrumentos de protección. Su intención principal es controlar y limitar el ejercicio del poder político [...]. Sin embargo, las constituciones no son solamente instrumentos de protección; también son instrumentos del gobierno y, hasta donde sea posible (compatibles con su propósito de restringir el poder, de limitar el poder absoluto), de un gobierno eficiente. En este sentido, las constituciones [...] establecen un itinerario que permite un ejercicio controlado del poder.²⁰

El fin es implantar el Derecho a través de la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político, conceptos que proclaman valores superiores de todo ordenamiento jurídico, sumado a ello, se incluyen las leyes formales, los valores constitucionales como los

¹⁹ Real Academia Española, *op. cit.*

²⁰ Sartori, Giovanni, *Límites de la ingeniería constitucional*, 2012, pp. 10 y 11.

derechos fundamentales, los principios y las garantías institucionales, por lo que se trata de un imperio del Derecho y de la Ley.²¹ Asimismo, desde el punto de vista ontológico, el *telos* de las constituciones es la creación de las instituciones necesarias para limitar y controlar el poder político, por lo que cada Constitución presenta una doble significación ideológica:

liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso del poder. Para alcanzar este propósito se tuvo que someter el ejercicio del poder político a determinadas reglas y procedimientos que debían ser respetados por los detentadores del poder.²²

Ahora bien, además del *telos*, también es pertinente cuestionar sobre la esencia de la Constitución escrita, la cual es:

una función de orden [...] al fijar las reglas de juego según las cuales, por una parte, se desarrolla el proceso político —que no es sino la lucha por el poder político en el Estado— y, por otra, se forma la voluntad

²¹ Cfr. García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, 2009, pp. 126-130.

²² Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 1979, p. 151.

estatal obligatoria. Pero, por otro lado, la constitución promueve la libertad de los destinatarios del poder o ciudadanos al establecer las normas que distribuyen las funciones estatales entre los diferentes detentadores del poder –la famosa técnica de la separación de poderes.²³

La Constitución fue pensada para establecer las reglas (obligatorias) de los procesos políticos al interior de un Estado, para regular esa búsqueda del poder político (incluidas las distintas maneras de acceder al poder y conservarlo) y, al mismo tiempo, para proteger la libertad de los ciudadanos, así como la distribución de funciones estatales para que quienes poseen el poder público lo hagan dentro de un sistema de separación en el que un mismo órgano no puede ejercer dos o más de esas funciones: ejecutiva, legislativa y judicial.

1.4 Naturaleza

De acuerdo con el diccionario, “naturaleza” es la “virtud, calidad o propiedad de las cosas”.²⁴ También se refiere a aquello que caracteriza a un ser; por ello, para hablar de la naturaleza de algo es necesario referir a

²³ Ídem.

²⁴ Real Academia Española, *op. cit.*

su esencia. La naturaleza de la Constitución se refiere, entonces, a sus propiedades, sus características, su esencia. Así, su naturaleza se relaciona con su carácter fundamental, el cual se traduce en tres aspectos:

- a) *Sociológico*: la Constitución formula los valores vigentes para una comunidad y es la consecuencia de la interacción de las fuerzas sociales que la componen.
- b) *Político*: la Constitución contiene los elementos mínimos para que la comunidad política o Estado pueda existir con una forma específica.
- c) *Jurídico*: la Constitución es la base o el cimiento sobre el que se apoya el resto del ordenamiento jurídico de un Estado.²⁵

Para tener presente a cabalidad la naturaleza de la Constitución, de esos tres aspectos (valores sociales, reglas políticas mínimas y fuente fundamental de las leyes estatales) se pueden derivar, con mayor detalle, los siguientes:

- a) Es organización fundamental de la actividad política y jurídica de un Estado.
- b) Es los acuerdos suscritos entre la clase política y la sociedad.

²⁵ Cfr. Sánchez Agesta, Luis, *Principios de teoría política*, 1976, pp. 374-376.

- c) Es un instrumento gubernamental y estatal de control del poder.
- d) Es un catálogo de derechos fundamentales.
- e) Es una norma jurídica.

1.5 Contenido

El vocablo “contenido” hace referencia a la cosa o cosas que se contienen dentro de otra²⁶ y “contener” es llevar o encerrar dentro de sí a otra.²⁷ Por ello, para hablar del contenido de la Constitución tenemos que hacer referencia a las cosas, objetos o situaciones que encierra dentro sí. Las preguntas son: ¿Qué hay dentro de la Constitución? ¿Qué encierra dentro de sí la Constitución? Tradicionalmente se ha considerado que el contenido de la Constitución está clasificado en dos partes, la dogmática, que algunos autores²⁸ consideran que contiene las normas relativas a los derechos individuales, y la orgánica que integra las normas referentes a la organización del Estado, sin embargo:

esta distinción se justificaba en las primeras constituciones escritas, que efectivamente presentaban en su

²⁶ Cfr. Real Academia Española, *op. cit.*

²⁷ Cfr. *Ibidem.*

²⁸ Por ejemplo: Andrade Sánchez, J. Eduardo, *Derecho constitucional*, 2008, p. 22.

composición estos dos tipos de normas de diferente naturaleza. No obstante, el desarrollo del constitucionalismo moderno ha introducido una gran cantidad de temas que se consideran asuntos fundamentales del Estado y por ello tiene un rango normativo constitucional.²⁹

Efectivamente, tal división en el contenido de la Constitución era sólo para que, de manera esquemática o, incluso, didáctica, se pudiera comprender el contenido de la Constitución desde el punto de vista formal, pero:

es evidente que la distinción entre parte orgánica y parte dogmática no puede partir de un criterio formalista, según el cual uno debe atenerse al lugar del texto en el que el Constituyente incluyó determinada norma. Por ejemplo, con una visión equivocada, el constitucionalismo mexicano ha considerado sólo como parte dogmática el contenido de los primeros 29 artículos que constituyen el capítulo de las [así llamadas] garantías individuales, y a todo el resto le ha atribuido el carácter de parte orgánica.³⁰

Se trata de una manera muy formalista de considerar el contenido de la Constitución, atendiendo a las dos

²⁹ Ídem.

³⁰ Ibídem, pp. 22 y 23.

grandes finalidades que tienen sus normas, es decir, el establecimiento de derechos fundamentales y las reglas básicas para el funcionamiento del Estado:

las normas dogmáticas se identifican por referirse a principios fundamentales o a la declaración de derechos concretos referidos a personas o grupos, ya que ese es el sentido de la palabra dogmática: conjunto de normas o principios de una doctrina. En cambio, la parte orgánica se refiere a la organización y, por extensión, al funcionamiento de los órganos del Estado.³¹

No obstante, se ha elaborado una tipología más amplia que abarca los siguientes tipos de normas constitucionales: esenciales, orgánicas, electorales, competenciales, controladoras de la función pública, territoriales, poblacionales, económicas, funcionales, internacionales, procesales, autoprotectoras, modificatorias, garantías individuales, garantías grupales, garantías sociales, garantías institucionales y disposiciones gubernativas regionales.³²

Lo cierto es que, independientemente de lo detallado o específico que pueda ser la clasificación de las normas contenidas en la Constitución, el objeto es

³¹ Ídem.

³² Cfr. *Ibidem*, pp. 24-29.

el poder público en relación con la población de un Estado, y eso abarca la organización estatal y el establecimiento de derechos fundamentales (incluidos derechos, garantías y libertades de las personas), por lo que se deriva claramente esa clasificación bipartita; sin embargo, el constitucionalismo moderno considera materias e, incluso, casos y/o situaciones específicas para incluir en el texto constitucional, como laborales, mercantiles, económicas, ambientales, penales, etcétera, algunas que son inherentes a relaciones privadas entre particulares y, en un extremo, existen algunas constituciones que prevén hipótesis jurídicas como el abuso del derecho, los daños y perjuicios o el divorcio unilateral.³³

Que la Constitución incluya las normas con el nivel de especificidad mencionado no es del todo deseable, incluso puede llegar a ser contraproducente, ya que se cae en el error de que encierre todo el Derecho, lo que trae como consecuencia una posible "dictadura constitucional", como lo ha denominado la doctrina:

las leyes, resoluciones o actos de las autoridades reciben orientación de la Constitución. Por otra parte, existen controles constitucionales en manos de jueces (la jurisdicción constitucional) que fijan el sentido del

³³ Cfr. Escobar Fornos, Iván, *op. cit.*, p. 25.

orden constitucional. A esta situación se le ha denominado “dictadura constitucional”. Algunos juristas la rechazan porque consideran que representa un atraso al avance del Derecho y a su adecuación a las circunstancias de cada época. La ley ordinaria ya no es el instrumento del cambio político, pues está limitada por la Constitución y la jurisprudencia que la interpreta. Pierde el Derecho su relativismo, y con ello la posibilidad de recoger el producto político y social de la dinámica cotidiana.³⁴

Existen dos posturas respecto al contenido de la Constitución, una sostiene:

la Constitución sólo debe dedicarse a la organización del Estado, omitiendo los derechos y libertades por considerar que es innecesario, ya que son inherentes a la persona y al establecer una lista en la Constitución se corre el riesgo de pensar que sólo son los señalados en la lista.³⁵

La otra considera:

no deben recargarse las constituciones con tantas materias ajenas al ámbito constitucional. Se vuelven

³⁴ Ídem.

³⁵ *Ibíd*em, p. 79.

extensas, difíciles de interpretar y atrasan la reforma de lo que es propio de las leyes ordinarias.³⁶

Hay autores que, tratando de conciliar las diferentes posturas, consideran tres partes principales en las constituciones: dogmática, orgánica, y programática-social.³⁷ Además, coinciden en que la parte dogmática contiene los derechos humanos como la libertad de expresión, de cultos, de asociación, etcétera, y algunas constituciones incluyen preámbulo, principios y valores constitucionales y derechos económicos, sociales y culturales. Respecto a la parte orgánica están establecidas las bases del Estado, es decir, se define la forma de gobierno y se organizan los poderes públicos (su integración, competencia y sus principales reglas de funcionamiento).³⁸ En cuanto a la parte programática y social, se considera que es un fenómeno contemporáneo:

en varias de las constituciones que se han expedido ya entrado nuestro siglo se advierten [...] diversos preceptos que recogen aspiraciones populares, establecen auténticos programas sociales y definen características o metas a alcanzar por el Estado.³⁹

³⁶ Ídem.

³⁷ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 2010, p. 60.

³⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 61.

³⁹ *Ibidem*, p. 62.

1.6 Papel desempeñado

El término “papel” se define como “cargo o función que alguien o algo desempeña en alguna situación o en la vida”.⁴⁰ ¿Cuál es la función que desempeña la Constitución en las diversas y muy variadas situaciones que se presentan en la vida cotidiana al interior de un estado? A diferencia del apartado en el que se desarrolló la función de la Constitución, en donde se trató de manera general lo que hace o la tarea que le corresponde realizar, este apartado será referido a esa diversidad y disparidad de situaciones que se presentan en la rutina estatal y gubernamental. Para ello, se debe considerar esa premisa: que la vida estatal conlleva inevitablemente situaciones y circunstancias políticas, sociales, jurídicas, etcétera, que son heterogéneas por contener elementos causales y consecuenciales de tipo híbrido que la hacen compleja y desigual y, en ocasiones, hasta contradictoria y conflictiva. Es en esos aspectos donde la Constitución desempeña su principal papel:

la vida política es esencialmente agonial. Todo proceso político está prioritariamente orientado a la contienda. Las fases conciliatorias entre algunos agentes de la política son transitorias y circunstanciales: están condicionadas por la lucha contra terceros, o bien

⁴⁰ Real Academia Española, *op. cit.*

significan un diferimiento de la contención entre todos. Las alianzas tienen como origen el temor mutuo o la suma de esfuerzos para volcarlos contra un adversario común. Llevada a cabo sin reglas acatadas por todos los protagonistas, la política escindiría irreparablemente a toda la sociedad. Es ahí donde la Constitución juega un papel fundamental para transformar las tendencias entrópicas de la pugna política en fuerza de cohesión.⁴¹

Ese es el papel desempeñado por la Constitución: cohesionar las tendencias políticas en ideología de Estado que atienda a las raíces históricas y unifique población y gobierno en una meta y objetivo homogéneos. Sin embargo, para que eso ocurra es necesario que las reglas fundamentales sean positivizadas en la Constitución y reglamentadas en la legislación secundaria para que existan los instrumentos suficientes de aplicación de dichas normas. En efecto:

el solo enunciado nominal de la Constitución no basta para regular los procesos de lucha por el poder. Durante los periodos de autoritarismo las constituciones suelen ser relegadas a la nominalidad, porque la lucha se dirime en tono de menor animosidad aparente en tanto que las reglas las fija quien ocupa el poder. En este caso la lucha no se produce entre agentes en

⁴¹ Valadés, Diego, *Constitución y democracia*, 2002, pp. 107 y 108.

hipotética igualdad de condiciones, sino ante quien dispone de los recursos del poder y los utiliza para inhibir o incluso reprimir a quien se le opone. En tales condiciones, la Constitución sólo ocupa una dimensión nominal, porque sus destinatarios han resuelto sustituirla, así sea parcialmente, por el valor normativo de los hechos.⁴²

Uno de los aspectos principales del constitucionalismo⁴³ es el control del poder, en concreto, busca que los poseedores del poder público no abusen de él en detrimento del pueblo o de otros poderes. Por ello, el papel de la Constitución es controlar ese ejercicio del poder, pero acorde con el dinamismo con el que se desarrolla:

el papel de la Constitución es, precisamente, el de fijar las formas de expresión del poder y determinar su control. Dejado a su suerte, el poder fluiría con tal rapidez que se haría impredecible, en perjuicio de las relaciones sociales estables, seguras, libres y justas.⁴⁴

⁴² *Ibídem*, p. 108.

⁴³ Es importante tener en cuenta la diferencia entre constitucionalismo: a) corriente teórica que tiene como finalidad patentizar la fuerza y jerarquía de una Constitución Política en el orden jurídico de un Estado; y b) acción y forma de interpretar los valores explícitos e implícitos de ese documento fundamental.

⁴⁴ Valadés, Diego, *El control del poder*, 1998, p. 12.

1.7 Criterios de clasificación

De acuerdo con el diccionario, clasificar es “ordenar o disponer por clases algo”,⁴⁵ por tanto, en este apartado se tratará con algunos de los criterios que existen en la teoría constitucional para ordenar los diferentes tipos de constituciones. Por ello, se debe considerar que la teoría constitucional, así como la muy variada doctrina, han diseñado diversos criterios de clasificación de las constituciones que van desde los parámetros más obvios (que se pueden constatar casi en cualquier codificación constitucional) hasta los más elaborados y complejos (que sólo se pueden verificar en algunas constituciones del mundo).

Tal vez el primer criterio de clasificación sea el referente al aspecto escrito o no escrito, considerando la tradición constitucional británica, la cual se mantiene no codificada (aunque, no obstante, tiene una gran cantidad de normas escritas), en contraste con el constitucionalismo estadounidense y el francés que iniciaron la tradición de las constituciones escritas; otro ejemplo de Constitución no escrita era la de Nueva Zelanda, pero en 1986 se emitió un Acta de Constitución que declara de manera formal su

⁴⁵ Real Academia Española, *op. cit.*

estructura constitucional. Además, hay estados socialistas que

cuentan con una Constitución escrita, de ahí que parezca ya muy poco útil mantener esta distinción, absolutamente innecesaria para comprender los documentos constitucionales actuales, si bien tuvo relevancia histórica en su momento.⁴⁶

Asimismo, se considera que las constituciones escritas o codificadas son aquellas surgidas en un momento histórico dado, por medio de un Congreso Constituyente, es decir, un grupo de representantes populares, que pueden ser diputados constituyentes, quienes recibieron del pueblo el poder de dictar una Constitución; en cambio, las constituciones no escritas (también se les llama dispersas) se forman históricamente por los usos reiterados que llegan a convertirse en costumbre o costumbres que vinculan a las personas con la misma obligatoriedad de las constituciones escritas que, aunque no dan plena seguridad como las escritas, son más progresistas que aquellas.⁴⁷

Las constituciones escritas pueden llegar a ser rígidas, lo cual da otro de los criterios de clasificación

⁴⁶ Andrade Sánchez, J. Eduardo, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁷ Cfr. De La Hidalga, Luis, *Teoría constitucional*, pp. 22 y 23.

junto con las constituciones flexibles. En general, las constituciones escritas y rígidas tienden a asegurar la forma de gobierno y a garantizar la libertad, pero se considera que, cuando esa rigidez es extrema, detienen el progreso de los pueblos.⁴⁸ Ahora bien, el criterio de rigidez y flexibilidad se da debido a la facilidad con la que pueden ser reformadas las constituciones, de tal manera que una Constitución rígida es:

aquella que para ser reformada o adicionada se requiere de un procedimiento especial, o un órgano específico para realizarlas creado por la propia Constitución dentro de sus preceptos, es decir, la Constitución no puede ser reformada por los órganos legislativos ordinarios, porque es intangible, y sólo un órgano especial creado por el mismo constituyente puede modificarla.⁴⁹

La rigidez se da en términos del grado de facilidad con el que se puede reformar el texto constitucional, sin que esta clasificación sea exacta, ya que hay procedimientos de reforma constitucional variables en cuanto a esa facilidad, por lo que se podría hablar de una mayor o menor flexibilidad o rigidez; sin embargo, en términos generales, y para efectos de comprensión acerca del funcionamiento de los

⁴⁸ Cfr. Ídem.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 22.

procesos de reforma constitucional, se ha establecido este criterio de clasificación. Por otro lado, las constituciones flexibles son aquellas:

cuya formación se va realizando históricamente, constituidas de partes con una formación distinta ligándose unas a otras a través del tiempo, y por tanto no requieren de un órgano especial para ser reformadas [...]. Por tanto, el carácter de flexibilidad lo da el hecho de no requerir para sus reformas medios distintos de los legislativos ordinarios, e incluso el poder ir adaptándose a las necesidades cotidianas.⁵⁰

La prohibición de que los poderes constituidos, sobre todo el legislativo, puedan modificarla determina la rigidez de una Constitución. Su flexibilidad, en cambio, se origina en la posibilidad de que dicho órgano legislativo pueda modificarla. La forma escrita de una Constitución y su rigidez son complementos. Aunque no sea indispensable, sí es conveniente que la Constitución (como producto de la voluntad del constituyente) se establezca por escrito para otorgar seguridad y claridad.⁵¹ Cabe aclarar que, de acuerdo con la doctrina, existen diversas vías para la reforma del texto constitucional, entre las que se tienen:

⁵⁰ Ídem.

⁵¹ Cfr. Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 1990, p. 13.

- a) La vía legislativa ordinaria, en el caso de las constituciones flexibles.
- b) La vía legislativa con requisitos especiales, de las constituciones rígidas.
- c) La vía jurisdiccional, en la que los órganos judiciales realizan cambios en el fondo, aunque la forma permanezca inalterada.
- d) La vía consuetudinaria, donde la colectividad asume y acepta conductas distintas a las previstas en la Constitución.⁵²

Otro criterio de clasificación es el relacionado con el punto de vista material, el cual atiende a los derechos y reglas establecidos, independientemente de la manera en que se haya promulgado la Constitución o tales preceptos; de acuerdo con esta clasificación la Constitución regula mínimamente lo siguiente:⁵³

- a) Funciones estatales diferenciadas en órganos diversos para evitar la concentración de poder.
- b) Frenos y contrapesos que limitan y distribuyen el poder político e implementan mecanismos de cooperación entre los órganos de poder.
- c) Mecanismos autónomos para evitar bloqueos entre los órganos de poder e impedir que los mismos se resuelvan por sus propios medios.

⁵² Andrade Sánchez, J. Eduardo, *op. cit.*, p. 18.

⁵³ Cfr. Loewenstein, Karl, *op. cit.*, pp. 153 y 154.

- d) Un instrumento para evitar la ilegalidad o la revolución a través de una reforma racional.
- e) Reconocimiento y protección de la autodeterminación individual frente a los órganos de poder.

Otra clasificación considera la manera en la que ha surgido la Constitución o la forma de su nacimiento, y bajo este parámetro pueden ser:

- a) *Otorgadas*: cuando su elaboración y expedición corre a cargo de una asamblea constituyente.
- b) *Impuestas*: aquellas no nacidas por acto volitivo de un pueblo, sino generalmente después de un movimiento revolucionario sin contar con la aceptación popular.
- c) *Por acto de soberanía*: la otorgada por concesión del soberano quien voluntariamente renuncia a su autoridad, aunque a veces esa concesión no sea voluntaria, por haber sido obligado a renunciar a su derecho o por el efecto de algún tipo de presión popular.
- d) *Pactada*: la que nació por pacto o acuerdo entre el soberano y el pueblo, o también cuando es aceptada por el pueblo a quien inicialmente le ha sido impuesta.⁵⁴

⁵⁴ Cfr. De La Hidalga, Luis, *op. cit.*, p. 24.

A estos criterios de clasificación se pueden agregar otros que son menos comunes, pero que, desde el punto de vista didáctico, pueden ayudar a tener un panorama más completo sobre los tipos de constituciones; sin embargo, a manera, incluso, de resumen respecto a las clasificaciones mencionadas es recomendable tener en cuenta la siguiente:⁵⁵

- a) *Constitución escrita o codificada*. Reúne todas las normas en un mismo cuerpo.
- b) *Constitución no escrita o dispersa*. Puede ser en parte escrita y en parte no o en parte escrita en otras normas diferentes.
- c) *Constitución formal*. Derivada de la codificación normativa.
- d) *Constitución material*. La que tiene vigencia en la realidad social.
- e) *Constitución rígida*. Surge de un Poder Constituyente y no se puede modificar sino mediante procedimientos diferenciados de aquellos que son suficientes para modificar la ley o por procedimiento especial dificultado.
- f) *Constitución flexible*. Se puede modificar mediante los mismos mecanismos por los que se modifica la ley.

⁵⁵ Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Filosofía del derecho constitucional*, 1969, pp. 292 y 293.

- g) *Constitución pétrea*. Escrita, rígida e irreformable; esto puede aplicar de manera implícita o explícita para algunos preceptos o contenidos constitucionales.
- h) *Constitución otorgada*. Un órgano estatal la establece o la concede de manera unilateral.
- i) *Constitución pactada*. Deriva de un acuerdo o compromiso entre el Estado y la comunidad.
- j) *Constitución impuesta*. Emanada de un Poder Constituyente originado en el pueblo por medio de un mecanismo formal.

Existen muchas otras clasificaciones que son producto del análisis y reflexión de otros tantos teóricos y doctrinarios de la Constitución, pero las aquí expuestas son las más significativas y son las que pueden proporcionar un panorama general sobre los tipos de Constitución más comunes.

Capítulo 2.

El concepto de Constitución de diversos teóricos

La Constitución ha sido estudiada y analizada por diversos teóricos, tanto desde el punto de vista del vocablo como de sus efectos en la sociedad y en la dinámica política al interior de un Estado. Cada uno de ellos tiene una concepción propia, lo que permite comprender a cabalidad el significado de “Constitución” y su impacto en otros conceptos como Estado, sociedad, pueblo, gobierno, etcétera, así como las características de la *Polis*:

politeia es un término que abarca todas las innumerables características que determinan la peculiar índole de la Polis. Es un término puramente descriptivo y en su significado se incluye el mismo uso que nosotros hacemos de la palabra “constitución” cuando hablamos, en términos generales, de la constitución de un hombre o de la constitución de la materia.⁵⁶

⁵⁶ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la constitución*, 2006, p. 26.

No obstante, en este apartado se revisarán las concepciones que han tenido algunos autores (los más significativos) acerca de la Constitución, sin omitir que tales reflexiones están destinadas a explicar su uso en el ámbito estatal.

2.1 Ferdinand Lassalle

Ferdinand Lassalle es un teórico que analiza el concepto de Constitución partiendo del cuestionamiento inicial sobre su verdadera esencia, es decir, el verdadero concepto de una Constitución:

no basta presentar la materia concreta de una determinada constitución, la de Prusia o la que sea, para dar por contestada la pregunta que yo formulo: ¿dónde reside la esencia, el concepto de una Constitución, cualquiera que ella fuere?⁵⁷

Lassalle rechaza las respuestas tradicionales que se limitan a describir cómo se forman las constituciones y lo que hacen, pero que no dicen lo que una Constitución es. El método utilizado por este autor es primero determinar lo que él llama la verdadera esencia de una Constitución a través de la comparación y detección de las diferencias que separan

⁵⁷ Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, 2006, p. 5.

a una de otra, para luego verificar si determinado y concreto documento constitucional se ajusta a ese concepto. En primer término, dice que es una ley fundamental y que:

la idea de fundamento lleva, pues, implícita la noción de una necesidad activa, de una fuerza eficaz que hace, por ley de necesidad, que lo que sobre ella se funda sea así y no de otro modo. Si, pues, la Constitución es la ley fundamental de un país, será [...] un algo que pronto hemos de definir y deslindar, o, como provisionalmente hemos visto, una fuerza activa que hace, por un imperio de necesidad, que todas las demás leyes e instituciones jurídicas vigentes en el país sean lo que realmente son, de tal modo que, a partir de ese instante, no puedan promulgarse, en ese país, aunque se quisiese, otras cualesquiera.⁵⁸

De lo que Lassalle habla es de la esencia de la Constitución, no de sus características alternas o de sus propiedades secundarias (las cuales pueden ser prescindibles para la conformación del objeto “Constitución”). Incluso, hace referencia a los caracteres y posteriormente cuestiona:

¿es que existe en un país [...] algo, alguna fuerza activa e informadora, que influya de tal modo en todas

⁵⁸ *Ibíd.*, pp. 10 y 11.

las leyes promulgadas en ese país, que las obligue a ser necesariamente, hasta cierto punto, lo que son y como son, sin permitirles ser de otro modo?⁵⁹

Y responde haciendo alusión a:

los factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal y como son.⁶⁰

Asimismo, suponiendo una destrucción masiva de las leyes escritas, cuestiona acerca de la posibilidad de que se vuelvan a promulgar unas nuevas en las que se resten prerrogativas a la monarquía y responde que en realidad al monarca le obedecen los comandantes de los arsenales, lo cual es un poder efectivo, por tanto: “un rey a quien obedecen el ejército y los cañones [...] es un fragmento de Constitución”.⁶¹ El autor supone que los terratenientes puedan ser despojados de su posición en la cámara alta afectando con ello las decisiones tomadas por la cámara de diputados, sin embargo:

⁵⁹ Ídem.

⁶⁰ Ibídem, p. 11.

⁶¹ Ibídem, pp. 12 y 13.

los grandes terratenientes de la nobleza han tenido siempre gran influencia con el rey y con la corte, y esta influencia les permite sacar a la calle el ejército y los cañones para sus fines propios, como si este aparato de fuerza estuviera directamente a su disposición. He aquí, pues, cómo una nobleza influyente y bien relacionada con el rey y su corte, es también un fragmento de Constitución.⁶²

Cuestiona lo que sucedería si se quisiera implantar una Constitución gremial, y considera:

la gran producción, la producción mecánica y el sistema del maquinismo, no podrían prosperar ni un solo día con una Constitución de tipo gremial. La gran producción exige ante todo, la necesita como el aire que respira, la fusión de las más diversas ramas de trabajo en manos del mismo capitalista, y necesita, en segundo lugar, la producción en masa y la libre competencia; es decir, la posibilidad de dar empleo a cuantos operarios quiera, sin restricción alguna.⁶³

En su respuesta considera que los grandes industriales cerrarían sus fábricas y pondrían en la calle a sus obreros paralizando el comercio y la industria y los desempleados se lanzarían a la calle:

⁶² *Ibíd.*, p. 14.

⁶³ *Ibíd.*, p. 15.

pidiendo pan y trabajo; detrás de ella, espoleándola con su influencia, animándola con su prestigio, sosteniéndola y alentándola con su dinero, la gran burguesía, y se entablaría una lucha en la que el triunfo no sería en modo alguno de las armas. Vean ustedes cómo y por dónde aquellos caballeros [...] los grandes industriales todos, son también un fragmento de la Constitución.⁶⁴

El autor supone diversos eventos derivados de la destrucción total de la legislación, en los que el gobierno quisiera implantar medidas lesivas para los intereses de los grandes banqueros y que "al Banco de la Nación se le pretendiera dar la organización adecuada para conseguir este resultado",⁶⁵ y se pregunta si esto podría prevalecer. Para lo anterior, explica que el gobierno en ocasiones requiere préstamos de dinero en plazos breves y:

para ello tiene que servirse de particulares, de mediadores que le adelanten las cantidades que necesita, corriendo luego de su cuenta el ir colocando poco a poco entre sus clientes el papel de la deuda que a cambio reciben, y lucrándose, además, con el alza de cotización que a estos títulos se imprime artificialmente en la Bolsa. Estos

⁶⁴ *Ibídem*, p. 16.

⁶⁵ *Ídem*.

intermediarios son los grandes banqueros; por eso a ningún gobierno le conviene, hoy en día, estar mal con estos personajes. Veán ustedes [...] cómo los grandes banqueros [...] la Bolsa en general, son también un fragmento de Constitución.⁶⁶

Lassalle supone otro escenario en el que, derivado de esa destrucción total de las leyes, el gobierno quisiera promulgar una ley penal en la que se permitieran las penas trascendentales, y dice que semejante ley no podría prevalecer ya que la cultura colectiva y la conciencia social del país se revelaría:

y hasta los honorables senadores tendrían algo que objetar contra el desatino. Y es que, dentro de ciertos límites [...] también la conciencia colectiva y la cultura general del país son un fragmento de Constitución.⁶⁷

El autor imagina un último escenario en el que el gobierno, tratando de privilegiar a la nobleza, banqueros, grandes industriales y capitalistas, decidiera privar de las libertades políticas y de su libertad personal a la pequeña burguesía y a la clase obrera, y dice que tal pretensión no prosperaría:

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 17.

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 18.

llegadas las cosas a ese extremo, ustedes dirían: nos dejaremos matar antes que tolerarlo. Los obreros se echarían corriendo a la calle, sin necesidad de que sus patronos les cerrasen las fábricas, la pequeña burguesía correría en masa a solidarizarse con ellos, y la resistencia de ese bloque sería invencible, pues en ciertos casos extremos y desesperados, también [...] todos ustedes juntos, son un fragmento de Constitución.⁶⁸

Lassalle concluye con su famosa definición de la Constitución, en la que se ven involucrados los factores reales de poder que existen al interior de un Estado y que el gobierno no los puede evitar: “he ahí, pues [...] lo que es, en esencia, la Constitución de un país: la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país”.⁶⁹

La pregunta siguiente que plantea es sobre la relación que tienen esos factores reales de poder con la Constitución como documento jurídico y responde:

se toman estos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que

⁶⁸ *Ibíd.*, pp. 18 y 19.

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 19.

se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado.⁷⁰

Y finaliza:

hemos visto, señores, qué relación guardan entre sí las dos constituciones de un país, esa Constitución real y efectiva, formada por la suma de factores reales y efectivos que rigen en la sociedad, y esa otra Constitución escrita, a la que, para distinguirla de la primera, daremos el nombre de la hoja de papel.⁷¹

Lassalle afirma que la Constitución real y efectiva siempre la han tenido todos los países, puesto que son inconcebibles aquellos donde no predominen los factores reales de poder que describe, e incluso, otros.⁷² Lo anterior le da pauta para contrastar a la Constitución real y efectiva con la escrita, dice que, aunque se proclame que algo es una cosa, pero en esencia es otra, no por la mera proclamación lo será, debido a que la esencia permanece sobre la declaración formal:

⁷⁰ Ídem.

⁷¹ Ídem.

⁷² Cfr. *Ibidem*, p. 27.

ya pueden ustedes plantar en su huerto un manzano y colgarle un papel que diga: "Este árbol es una higuera". ¿Bastará con que ustedes lo digan y lo proclamen para que se vuelva higuera y deje de ser manzano? No. Y aunque congreguen ustedes a toda su servidumbre, a todos los vecinos de la comarca, en varias leguas a la redonda, y les hagan jurar a todos solemnemente que aquello es una higuera, el árbol seguirá siendo lo que es, y a la cosecha próxima lo dirán bien alto sus frutos, que no serán higos, sino manzanas. Pues lo mismo acontece con las constituciones. De nada sirve lo que se escriba en una hoja de papel, si no se ajusta a la realidad, a los factores reales y efectivos de poder.⁷³

Por eso es importante, según Lassalle, que las constituciones escritas contengan los preceptos suficientemente congruentes con la realidad a la cual van a regir, de lo contrario se corre el riesgo de que carezcan de valor y no sean duraderas, ya que los problemas constitucionales no son problemas de Derecho, sino de poder:

los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder, la verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen, y

⁷³ *Ibíd.*, pp. 43 y 44.

las constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social.⁷⁴

2.2 Maurice Hauriou

La obra de Maurice Hauriou está enfocada al Derecho Constitucional y no tanto a la Teoría de la Constitución, sin embargo, de su conceptualización se desprenden los elementos de lo que para él es una Constitución, asimismo, al analizar las ramas internas del Derecho público encuentra el objeto del Derecho Constitucional en dos elementos: la Constitución Política del Estado y la Constitución social del Estado.

El autor afirma que la primera se refiere

por una parte, a la organización y al funcionamiento del gobierno, o sea, del poder que dirige la vida del grupo; por otra parte, a la organización de la “libertad política”, es decir, a la participación de los ciudadanos en el gobierno.⁷⁵

⁷⁴ *Ibíd*em, p. 52.

⁷⁵ Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, 1927, p. 2.

Hauriou aborda los dos grandes elementos que se encuentran inmersos en toda Constitución: el poder y los ciudadanos, o, dicho de otro modo, las personas que ejercen el poder por virtud de un cargo público en el gobierno y las personas que son las destinatarias de la regulación constitucional, pero que no poseen poder público alguno por ser gobernados. Ahora bien, los dos grandes aspectos que deben regularse en una Constitución: la organización (la manera en la que son estructurados los órganos y las instituciones del gobierno) y el funcionamiento (las atribuciones con las que cuentan cada una de las personas que practican el poder público en los órganos e instituciones); sin dejar de mencionar a los ciudadanos como entes que deben gozar de libertad y que deben ser partícipes también del gobierno.

Respecto a la “Constitución social del Estado” expresa:

se refiere al orden social, considerado como un orden individualista que reposa sobre la doble base de las libertades individuales, comprendiendo en ellas la de fundación, y de las ideas objetivas que han formado la civilización.⁷⁶

En su análisis, no deja de considerar a la sociedad y a los entes que la integran, esto es, a las personas,

⁷⁶ Ídem.

ya que en la idea de Constitución social incluye el concepto de orden social, o sea, de orden para la sociedad y sus integrantes, pero no se trata de un orden arbitrario, sino de uno que tiene su base en las diversas libertades individuales que han sido, a su vez, el origen en la fundación de la sociedad.

Asimismo, establece las características de un régimen constitucional, de las que se deducen los rasgos distintivos o las cualidades de una Constitución que él considera necesarios, por lo que el régimen constitucional debe ser definido en tres aspectos: su fin, sus medios de acción y su modo de formación.

Respecto al fin indica que es:

establecer en el Estado un equilibrio fundamental que sea favorable a la libertad, aún asegurando el desenvolvimiento regular del Estado mismo; este equilibrio debe establecerse entre las fuerzas de acción, que son el poder y la libertad, y la fuerza de resistencia, que es el orden.⁷⁷

Se trata de favorecer la libertad, como uno de los principios del constitucionalismo y un valor protegido por el Derecho, por medio de un equilibrio entre los que ejercen el poder y los destinatarios. Tal equilibrio lo

⁷⁷ *Ibíd*em, pp. 7 y 8.

denomina fundamental en virtud de que debe ser el fundamento o el punto de partida de las demás disposiciones que tengan como finalidad proporcionar o regular ese equilibrio para alcanzar la libertad.

Por ello, el autor considera como una de las características de la Constitución la expresión fundamental de ese equilibrio de fuerzas con miras a la protección de la libertad, es decir, equilibrio (que es una igualdad en las atribuciones o en las funciones) entre el poder y la libertad (lo que él llama fuerzas de acción).

Lo anterior significa que quienes poseen el poder público por virtud de un mandamiento legal o constitucional debe tener un equilibrio o una igualdad con la libertad del pueblo o de las personas que integran al Estado.

En ese equilibrio, que puede ser representado como una tensión entre el poder de los gobernantes y la libertad de los gobernados, se encuentra inmerso el orden (lo que el autor llama fuerza de resistencia). Todo con la finalidad de salvaguardar el desenvolvimiento regular del Estado, para que funcione de acuerdo con lo establecido en las reglas constitucionales o legales.

En cuanto a los medios de acción del régimen, Hauriou considera que estos:

consisten en la organización de un orden constitucional, a la vez formal, objetivo y sistemático, cuyos tres elementos son: las ideas morales, políticas y sociales fundamentales, el derecho de la Constitución y una organización constitucional de los poderes.⁷⁸

La organización de un orden constitucional, formal, objetivo y sistemático, no quiere decir otra cosa más que el establecimiento de un documento que constituya al Estado, creado bajo un procedimiento con estándares apegados a la realidad y bajo un esquema de elementos interrelacionados. Todo ello, desde luego, con principios morales, así como lineamientos políticos y sociales mínimos que deben ser respetados.

Además, debe ser establecido un derecho de la Constitución o derecho constitucional que verse sobre los derechos y obligaciones de tipo fundamental de un Estado respecto a su estructura, funcionamiento y atribuciones. Así, los poderes instituidos deberán estar organizados conforme a lo anterior, con la finalidad de que se privilegie el equilibrio del que se habla en la finalidad del régimen constitucional.

⁷⁸ *Ibíd.*, p. 8.

En cuanto al modo de formación del régimen constitucional, Hauriou indica que es:

es el resultado de una colaboración del poder político y de la libertad de los ciudadanos, de tal suerte que la Constitución se establezca jurídicamente por el poder y por la libertad, al mismo tiempo que el poder y la libertad son regulados jurídicamente por la Constitución.⁷⁹

El autor es congruente con el equilibrio que refiere acerca del fin del régimen constitucional, ya que esa colaboración entre el poder político y la libertad ciudadana es, precisamente, una tensión de fuerzas similares representadas por las atribuciones (y el ejercicio) de quienes poseen el poder político y el derecho (pero también principio) de la libertad que poseen todas las personas (que tienen el derecho de ejercer).

Incluso identifica una colaboración entre esos dos elementos: poder político y libertad ciudadana, de tal manera que se produce una coexistencia equilibrada de los factores jurídicos, sociales y políticos que en el momento de su surgimiento provoca una interdependencia hacia el futuro, es decir, la Constitución es establecida por el poder y por la libertad

⁷⁹ Ídem.

de las personas, lo que se convierte en el poder y la libertad regulados jurídicamente por la Constitución, por tanto, recibe su sustento e instauración de quienes son el objeto de posterior sustento y protección por parte de ella.

Finalmente, Hauriou visualiza lo que él llama una "superlegalidad constitucional", la cual equipara a los principios fundamentales que, por diversas causas, pudieran no formar parte de la redacción de una Constitución:

una de las ventajas del vocablo "superlegalidad constitucional", que hemos adoptado, consiste en que nos permite libertarnos del concepto de Constitución escrita, en lo que tiene de excesivamente rígido. Sería un error creer que la superlegalidad constitucional no se refiere más que a lo que consta en la constitución; comprende también todos los principios fundamentales del régimen, es decir, los principios individualistas —que son la base del Estado— y los principios políticos —que son la base del gobierno—. Estos principios integran una especie de legitimidad constitucional, colocada por encima de la Constitución escrita. Hay que distinguir, pues, la legitimidad constitucional y el contenido de la Constitución escrita.⁸⁰

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 326.

Es una reflexión interesante la que hace el autor, porque le da una mayor importancia a los principios que rigen o que deben regir a un Estado y a su comunidad, independientemente de que se hallen o no en una Constitución escrita, los cuales producen lo que él mismo llama "legitimidad constitucional", incluso con mayor jerarquía e importancia que el texto constitucional, con lo que no es posible equiparar ni considerar como sinónimos a la legitimidad de la Constitución escrita con su contenido redactado.

2.3 Santi Romano

Al abordar el tema del Estado como ordenamiento jurídico, Santi Romano desarrolla su teoría institucionalista, también conocida como teoría del orden jurídico. Romano enfatiza en la necesidad de desarrollar y aclarar la idea de que cada entidad social, o bien, cada institución, (sinónima de entidad social y de Estado) es un ordenamiento jurídico.⁸¹

Asimismo, asevera que cada institución, como entidad, tiene su propia estructura y organización y, por lo tanto, un orden, una estructura más o menos estable y permanente y reduce a los individuos a la

⁸¹ Cfr. Romano, Santi, *Principii di diritto costituzionale generale*, 1946, p. 55.

unidad, así como otros elementos que lo componen, y adquiere frente a ellos una vida propia y forma un cuerpo propio, lo cual constituye un “ordenamiento jurídico”.⁸²

la propia existencia de estos cuerpos o instituciones o cuerpos sociales [...] determina la posición, la función y una determinada línea de conducta de los mismos cuerpos y de aquellos que forman parte o dependen de ellos. En otras palabras, cada institución es un ordenamiento jurídico y cada ordenamiento jurídico es una institución, ya que, si no existe, también pueden surgir relaciones sociales, pero no relaciones que, como las jurídicas, se ordenan formal, objetivamente y con firmeza: *ubi societas ibi ius*, y, a la inversa, *ubi ius ibi societas*.⁸³

El autor pretende dejar en claro que existe una interdependencia entre las estructuras institucionales (son conceptos que, paralelamente, están relacionados con el de Estado en virtud de su estructura y de su funcionamiento) con el ordenamiento jurídico, al grado de asimilar una a la otra y viceversa. El derecho regula a la sociedad, pero también la sociedad es la fuente del derecho, lo cual da una muestra de la interrelación existente entre uno y otro concepto,

⁸² Ídem.

⁸³ Ídem.

incluso, haciendo depender la existencia de ambos. Esas ideas sobre ordenamiento jurídico e institución le sirven al autor como una base teórica para su definición de "Constitución", pues dice que la parte fundamental de las instituciones y su ordenamiento jurídico es, precisamente, una Constitución:

cada cuerpo o cuerpo social, es decir, toda institución, palabra que en el sentido técnico tiene un significado sinónimo de entidad o cuerpo social, posee una estructura, una ordenación, un status (sic), una organización, más o menos estable y permanente, que reduce a la unidad los elementos que lo componen y le dan su propia individualidad y su propia vida. La parte fundamental y esencial de una estructura de este tipo, el uno en el que todas las otras partes, que, por lo tanto, asumen, así como el que representa la primera armadura y las paredes principales, se llama "constitución", en uno de los significados [...] material o sustancial, en el que se usa esta palabra.⁸⁴

Lo anterior hace referencia a su definición de Constitución desde el punto de vista material o sustancial, ya que alude a la estructura principal de algo, a su sostén, aunque después el autor hace la comparación con las constituciones de algunos países. Asimismo, no deja de exponer su concepción desde el

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 1.

punto de vista formal o instrumental: "Constitución, en un sentido formal o instrumental, se le llama al documento, a la 'carta', al 'estatuto' o incluso a la 'ley', que establece o de lo que resulta la constitución en un sentido material".⁸⁵

De acuerdo con Romano, lo sustancial de la Constitución (como una estructura del Estado, sus instituciones y su ordenamiento jurídico) parte de su formalidad (de su establecimiento o puesta en vigencia en un documento y por escrito). Asimismo, Santi Romano considera una tercera opción para definir el vocablo Constitución, y alude a la fundación de un Estado y a la creación de su Constitución por medio de un Poder Constituyente:

en un tercer significado, queremos decir por constitución la actividad directa para fundar un estado, para darle un nuevo régimen político, para establecer su gobierno, en otras palabras, para darle una constitución en el sentido material que determina su existencia o una ordenación diferente. De ahí la expresión [...] de "poder constituyente", para designar la función, que puede confiarse a autoridades específicas o a asambleas, dicho precisamente como constituyentes,

⁸⁵ Ídem.

el ejercicio de esta función se resuelve en la constitución del Estado o de su estructura fundamental.⁸⁶

Como corolario, concluye con la idea de que Constitución, en sentido material, y Derecho Constitucional tienen en común ciertos aspectos importantes y les encuentra una equivalencia, al grado que, incluso, se pueden analizar a través del derecho constitucional los elementos necesarios para determinar la esencia de la Constitución distinguiéndola de otras categorías estatales:

Constitución en sentido material y Derecho constitucional son expresiones equivalentes. De hecho, Constitución significa, como dijimos, ordenación u ordenamiento que determina la posición, en sí mismo y para sí mismo y en las relaciones mutuas que deriva de ello, de los diversos elementos del Estado, y, por lo tanto, su funcionamiento, la actividad, el curso de acción para el mismo Estado y para quienes pertenecen a él o dependen de él. En consecuencia, es posible referir al Derecho constitucional las especificaciones que sirven para distinguir la constitución de otras partes del ordenamiento estatal.⁸⁷

⁸⁶ Romano, Santi, *op. cit.*, p. 2.

⁸⁷ Ídem.

El autor, al reflexionar acerca del Derecho Constitucional, menciona los caracteres más importantes de una Constitución con relación a la estructura y funcionamiento del Estado, de lo que se obtienen, precisamente, los diversos elementos característicos de una Constitución:

el derecho constitucional es [...] una ley que marca la existencia misma del estado, que comienza a tener vida solo cuando tiene alguna constitución; le da una forma y, para decirlo de esta manera, una cierta fisonomía; pone y conecta sus elementos esenciales y, por lo tanto, también las personas y las instituciones menores que contribuyen a esta estructura; circunscribe su esfera de eficiencia; indica los objetivos e intereses fundamentales, así como los poderes, derechos y obligaciones que, en relación con ellos, se les atribuye a los diversos temas; organiza su gobierno, es decir, el conjunto de dispositivos a través del cual esos intereses han continuado y esos poderes o los derechos son ejercidos; establece, al regularlos, las libertades y autonomías de los demás; arregla los principios más generales, a partir de los cuales se desarrollan las ramas particulares de las diversas ramas de su orden.⁸⁸

⁸⁸ Ídem.

Se trata de una concepción muy amplia de Constitución, con base en su conceptualización de derecho constitucional, haciendo alusión a la forma del Estado, sus elementos esenciales, la relación que tiene con las personas (destinatarios finales del derecho) y las instituciones, los objetivos fundamentales, desde luego los derechos y obligaciones de los poderes y las personas que los ejercen, su organización, los derechos y deberes (fundamentales), así como los principios por lo que, de acuerdo con el autor, es posible que una Constitución se defina como el ordenamiento supremo de un Estado.

2.4 Hans Kelsen

La concepción del derecho de Hans Kelsen, desde un punto de vista puro, en otras palabras, sin influencia de otras ramas del conocimiento ni de otros aspectos de la vida social, ha sido muy estudiada y criticada desde su presentación. Concibe al orden jurídico desde una perspectiva jerárquica en la que una construcción escalonada de las normas es la que determina su validez, con base en una de las peculiaridades del derecho que consiste en regular la producción de sus propias normas y que da la validez dependiendo de que haya sido producida en la forma determinada por otra norma, por lo que:

esta última configura el fundamento inmediato de validez de la primera. La relación entre la norma que regula la producción de otra norma, y la norma producida conforme a esa determinación, puede representarse mediante la imagen espacial de la supra y subordinación. La norma que regula la producción es una norma superior, mientras que la producida conforme a esa determinación es la norma inferior. El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas.⁸⁹

La validez de una norma producida conforme a otra se sostiene en esa otra norma que, a su vez, fue producida por la determinación de otra, y así sucesivamente hasta llegar a la norma fundante básica que tiene el carácter de hipotética:

su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica presunta. La norma fundante básica, hipotética en ese

⁸⁹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, 2005, p. 232.

sentido, es así el fundamento de validez supremo que funda la unidad de esta relación de producción.⁹⁰

Así, la parte superior de todo este entramado escalonado jerárquicamente lo ocupa la Constitución en sentido material, en síntesis, aquella norma que regula la producción de otras normas generales y que pudo ser producida por la costumbre o por un acto legislativo:

si, por de pronto, se observa un orden jurídico estatal, el estrato superior jurídico positivo, está representado por la Constitución. Por constitución se entiende aquí, la constitución en un sentido material, es decir: con esa palabra se designa la norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales. Esa constitución puede haber sido producida por vía de la costumbre, o por un acto a ello dirigido de uno o varios individuos, es decir, mediante un acto legislativo.⁹¹

Kelsen considera a la Constitución desde los puntos de vista material y formal, por lo que contiene no sólo normas que regulan la legislación (o la producción de normas jurídicas generales), sino también las que se refieren a otros objetos de importancia

⁹⁰ Ídem.

⁹¹ *Ibídem*, pp. 232 y 233.

política y disposiciones que determinan que otras normas constitucionales no pueden ser derogadas o modificadas como si fueran leyes, sino bajo un procedimiento especial que lo dificulta (Constitución rígida).⁹² Por ello, generalmente la Constitución formal contiene otras normas que no forman parte de la Constitución material:

la Constitución en sentido formal es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas [...]. La Constitución en sentido formal, el documento solemne que lleva este nombre, a menudo encierra también otras normas que no forman parte de la Constitución en sentido material.⁹³

La doctrina considera que el aporte significativo y valioso de Kelsen radica en dotarle al término Constitución dos significados: uno que es producto de la lógica jurídica y refiere a la norma fundamental hipotética, y otro que es la Constitución jurídica positiva como la parte alta de la estructura escalonada.⁹⁴

⁹² Cfr. *Ibidem*, p. 233.

⁹³ *Ibidem*, p. 129.

⁹⁴ Cfr. Piccato Rodríguez, Antonio Octavio, *Ideología y constitución: una aproximación a la teoría constitucional kelseniana*, 2005, p. 196.

Cualquiera que sea la consideración de la Constitución, dice Kelsen, no se puede negar que

entre sus partes esenciales se cuenta la regulación de los órganos y del procedimiento de legislación, entendida como producción de las normas jurídicas generales, y que precisamente por eso la Constitución forma el fundamento del ordenamiento jurídico.⁹⁵

Por consiguiente, la Constitución goza de la idea de un principio supremo que determina al orden estatal y es siempre el fundamento del Estado y la base del ordenamiento jurídico, aunado a que constituye el principio en el que se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas, la norma que regula la elaboración de las leyes, y de aquellas que regulan la actividad de los órganos estatales:

esta regla de creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, de determinación de los órganos y del procedimiento de la legislación, forma la Constitución en sentido propio originario y estricto del término. La Constitución es la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la colectividad estatal, así como de aquellas que determinan los órganos necesarios para aplicarlas e imponerlas y la forma como estos

⁹⁵ Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, p. 106.

órganos habían de proceder; es decir, la Constitución es, en suma, el asiento fundamental del orden estatal.⁹⁶

Pero no sólo la regulación sobre el procedimiento de la producción de las leyes, dado por otras normas de carácter jerárquicamente superior (hasta llegar a la Constitución), es un aspecto que la determina, además, establece su contenido, sus principios, direcciones y límites:

si el derecho positivo conoce una forma constitucional especial, distinta a la forma legal, nada se opone a que esa forma sea empleada también para ciertas normas que no entran en la Constitución en sentido estricto, principalmente para las normas que regulan no la creación sino el contenido de las leyes. De ahí resulta la noción de Constitución en sentido amplio. Es este sentido amplio el que está en juego cuando las Constituciones modernas contienen, no solamente normas sobre los órganos y el procedimiento de legislación, sino, además, un catálogo de derechos fundamentales de los individuos o libertades individuales. Es por ello —es el sentido primordial, si no exclusivo de esta práctica—, que la Constitución señala

⁹⁶ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, 2001, pp. 20 y 21.

principios, direcciones y límites, para el contenido de las leyes futuras.⁹⁷

Con todo lo anterior se tiene un panorama general acerca del pensamiento constitucionalista de Kelsen, el cual incide en varios aspectos ya abordados en la primera parte de este libro.

2.5 Carl Schmitt

Carl Schmitt basa su teoría constitucional en el análisis de varias constituciones de su lugar y época, pero principalmente en la Constitución de Weimar, sancionada en Alemania el 11 de noviembre de 1919, en ella se estableció una república federal y votación popular para la elección de presidente.

Para este autor, Constitución debe referirse a la de un Estado, o sea, a la unidad política de un pueblo y a la situación total de la unidad y ordenación políticas; asimismo, designa un sistema cerrado de normas como una unidad, pero no concreta, sino ideal. En ambos casos se habla de un concepto absoluto de Constitución, porque ofrece un todo verdadero o pensado.⁹⁸ Cuando se habla de ley constitucional

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 22.

⁹⁸ Cfr. Schmitt, Carl, *op. cit.*, p. 29.

y cada una de esas leyes constitucionales pueden aparecer como una Constitución, el concepto se vuelve relativo, pues ya no afecta a un todo, a una ordenación o a una unidad sino a muchas prescripciones legales.⁹⁹

En un primer apartado, apunta que "Constitución en sentido absoluto puede significar, por lo pronto, la concreta manera de ser resultante de cualquier unidad política existente".¹⁰⁰

En una primera significación de la Constitución, en sentido absoluto, indica que es "la concreta manera de ser resultante de cualquier unidad política existente",¹⁰¹ esto significa que la Constitución es igual a "la concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de un cierto Estado".¹⁰² La unidad política y la ordenación social es la Constitución, el Estado es Constitución, al grado en el que el Estado dejaría de existir si dejara de existir la Constitución:

a todo Estado corresponde: unidad política y ordenación social; unos ciertos principios de la unidad y ordenación; alguna instancia decisoria competente

⁹⁹ Cfr. Ídem.

¹⁰⁰ Ídem, p. 30.

¹⁰¹ Ídem.

¹⁰² Ídem.

en el caso crítico de conflictos de intereses o de poderes. Esta situación de conjunto de la unidad política y la ordenación social se puede llamar Constitución. Entonces la palabra no designa un sistema o una serie de preceptos jurídicos y normas con arreglo a los cuales se rija la formación de la voluntad estatal y el ejercicio de la actividad del Estado, y a consecuencia de los cuales se establezca la ordenación, sino más bien el Estado particular y concreto —Alemania, Francia, Inglaterra— en su concreta existencia política. El Estado no tiene una constitución ‘según la que’ se forma y funciona la voluntad estatal, sino que el Estado es Constitución, es decir, una situación presente del ser, un status (sic) de unidad y ordenación. El Estado cesaría de existir si cesara esta Constitución, es decir, esta unidad y ordenación. Su Constitución es su “alma”, su vida concreta y su existencia individual.¹⁰³

En esta definición de Constitución (en sentido absoluto), el autor se concentra en una posición ontológica más que deontológica, en consecuencia, le da una mayor importancia a la esencia del Estado, es decir, a sus elementos y a su funcionamiento, que a las normas que lo rigen o que lo pueden regir. En una segunda significación respecto a la Constitución en sentido absoluto, Schmitt dice que es:

¹⁰³ Ídem.

el modo concreto de la supra- y subordinación, puesto que en la realidad social no se da ninguna ordenación sin supra- y subordinación. Aquí, Constitución es la forma especial del dominio que afecta a cada Estado y que no puede separarse de él; por ejemplo: Monarquía, Aristocracia o Democracia, o como se quieran dividir las formas de gobierno. Constitución es aquí = forma de gobierno.¹⁰⁴

En este caso, el vocablo “forma” designa algo que existe, que se encuentra en la realidad y que conforma un estatus, de acuerdo con Schmitt, no es algo acomodado a ciertos preceptos o reglas del derecho, ni a lo normativamente debido; dicho de otra manera, el aspecto ontológico prevalece sobre el deber ser, por ello, todo Estado tiene una Constitución, ya que todo Estado tiene necesariamente alguna de las formas de Estado existentes, por lo tanto, lo más exacto sería decir que

el Estado es una Constitución, es una Monarquía, Aristocracia, Democracia, República de Consejos, y no sólo tiene una Constitución monárquica, etc. La Constitución es aquí la forma de las formas, *forma formarum*.¹⁰⁵

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 31.

¹⁰⁵ *Ídem*.

En la tercera significación, respecto a la Constitución en sentido absoluto, considera que es:

el principio del devenir dinámico de la unidad política, del fenómeno de la continuamente renovada formación y erección de esta unidad desde una fuerza y energía subyacente u operante en la base. Aquí se entiende el Estado, no como algo existente, en reposo estático, sino como algo en devenir, surgiendo siempre de nuevo. De los distintos intereses contrapuestos, opiniones y tendencias, debe formarse diariamente la unidad política.¹⁰⁶

Se trata de una concepción diferente de la Constitución que refiere a su dinamismo y evolución con relación a los cambios de la propia sociedad, la cual es dinámica por naturaleza y, por tanto, los cambios de la política que obedecen a los cambios sociales también tienen un impacto en los cambios de la Constitución. Por eso, al Estado lo concibe no como algo estático, sino que se encuentra en un “devenir”, en un constante movimiento y evolución, ya que las opiniones y tendencias cambiantes y los intereses de las personas que cambian todos los días según se desarrolle su cotidianidad, son el factor provocante de la mayor o menor unidad política. Para lo anterior, el autor considera el concepto del ser como un ente

¹⁰⁶ Ídem.

evolutivo que constantemente cambia en cuanto a preferencias y modos de pensar, en este sentido, la Constitución dice es: “el principio activo de un proceso dinámico de energías eficaces, un elemento del devenir, pero no, ciertamente, un procedimiento regulado de prescripciones e imputaciones ‘normativas’”.¹⁰⁷

En un segundo apartado Schmitt piensa que la “Constitución en sentido absoluto puede significar una regulación legal fundamental, es decir, un sistema de normas supremas y últimas (Constitución = norma de normas)”,¹⁰⁸ se aparta de la concepción ontológica, se aleja de la que considera solamente al ser, a la esencia del objeto “Constitución”, y ahora se orienta hacia el deber ser, hacia lo normativo; pero no se trata de cualquier norma o ley, sino de:

una normación total de la vida del Estado, de la ley fundamental en el sentido de una unidad cerrada, de la “ley de leyes”. Todas las otras leyes y normas tienen que poder ser referidas a esa una norma. Bajo tal significación de la palabra, el Estado se convierte en una ordenación jurídica que descansa en la Constitución

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 32.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 33.

como norma fundamental; es decir, en una unidad de normas jurídicas.¹⁰⁹

Asimismo, la voluntad es otro de los elementos que contempla de suma importancia para la Constitución y su validez, pues argumenta que una Constitución es válida cuando emana de un Poder Constituyente que se establece por su voluntad; en este punto, dice que la “voluntad” significa “una magnitud del ser como origen del deber-ser. La voluntad se da de un modo existencial: su fuerza o autoridad reside en su ser”.¹¹⁰ De esta manera, una norma puede valer cuando es justa y su sistematización lleva al derecho natural y no a la positivización de la Constitución, también puede valer por estar positivizada o determinada por esa voluntad existente.

Una norma nunca se establece por sí misma (éste es un modo fantástico de hablar), sino que se reconoce como justa porque es derivable de preceptos cuya esencia es también justicia y no sólo positividad, es decir, verdadera realidad ordenadora.¹¹¹

En Carl Schmitt la validez de la Constitución está en la voluntad de las personas que integran al Poder

¹⁰⁹ Ídem.

¹¹⁰ *Ibidem*, pp. 34 y 35.

¹¹¹ Ídem.

Constituyente y en la justicia que esas personas pretenden infundir en las normas constitucionales. De la voluntad de las personas surge la verdadera justicia y la realidad ordenadora y, a su vez, de ella surgen los preceptos constitucionales. No se puede hablar de preceptos constitucionales válidos surgidos de otra fuente que no sea la voluntad, ya que las personas somos las que tenemos la capacidad de sentir y percibir los actos injustos y de poder establecer por medio del razonamiento, determinadas reglas de justicia; lo anterior ocurre por medio del ejercicio de la voluntad. El autor agrega:

quien dice que la Constitución vale como norma fundamental (no como voluntad positiva), afirma con ello que es capaz de portar, en virtud de ciertas cualidades de contenido, lógicas, morales u otras, un sistema cerrado de preceptos justos. Decir que una Constitución no vale a causa de su justicia normativa, sino sólo de su positividad, y que sin embargo, funda como pura norma un sistema o una ordenación de puras normas, es una confusión llena de contradicciones.¹¹²

Las cualidades de contenido, en otras palabras, los simples conceptos relacionados con la justicia, aislados del mundo y del sentir de las personas que lo habitan, no son suficientes para poder establecer

¹¹² *Ibidem*, p. 35.

verdaderas reglas de justicia, mucho menos un sistema de normas justo, debido a que la justicia solamente puede surgir del pensamiento y del razonamiento de las personas y de su voluntad. Por eso, lo puramente normativo y aislado del sentir, del razonamiento y de la voluntad de los seres humanos, no es capaz de otorgar verdadera justicia ni una real sistematización de esas normas constitucionales:

no hay ningún sistema constitucional cerrado de naturaleza puramente normativa, y es arbitrario conferir trato de unidad y ordenación sistemáticas a una serie de prescripciones particulares, entendidas como leyes constitucionales, si la unidad no surge de una supuesta voluntad unitaria.¹¹³

Además, dice que es arbitrario hablar de una ordenación jurídica (contiene dos elementos completamente diferentes: el elemento normativo del Derecho y el elemento real de la ordenación concreta) sin fundamento, ya que todo ello depende de la existencia política del Estado y no de las leyes, por ello, "las ideas y palabras que hablan de Constitución como una 'ley fundamental', o una 'norma fundamental', son casi siempre oscuras e imprecisas".¹¹⁴

¹¹³ Ídem.

¹¹⁴ Ídem.

Hasta aquí las ideas principales que llevan a Carl Schmitt a postular su tesis sobre el concepto absoluto de la Constitución, específicamente, como un todo unitario. En un segundo apartado analiza el concepto relativo de Constitución como una pluralidad de leyes particulares:

la relativización del concepto de Constitución consiste en que en lugar de fijarse el Concepto unitario de Constitución como un todo, se fija sólo el de ley constitucional concreta, pero el concepto de ley constitucional se fija según características externas y accesorias, llamadas formales.¹¹⁵

En primer término, para Schmitt, la Constitución (en sentido relativo) significa la ley constitucional en particular, por tanto, la distinción objetiva y de contenido de la Constitución se pierde como consecuencia de su disolución en muchas leyes constitucionales distintas y formalmente iguales:

Constitución, en sentido relativo, significa, pues, la ley constitucional en particular. Toda distinción objetiva y de contenido se pierde a consecuencia de la disolución de la Constitución única en una pluralidad de leyes constitucionales distintas, formalmente iguales. Para este concepto 'formal' es indiferente que la ley

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 37.

constitucional regule la organización de la voluntad estatal o tenga cualquier otro contenido. Ya no se preguntará porqué una prescripción legal-constitucional necesita ser “fundamental” [...]. Este modo de consideración relativizadora, llamada formal, hace indistinto todo lo que está en una “Constitución”.¹¹⁶

Asimismo, habla de regulaciones legales que se han vuelto constitucionales por haber sido incluidas en el texto de la Constitución y lo atribuye a situaciones de carácter histórico, en donde la política y otros factores han provocado que los gobernantes en turno quieran incluir tales regulaciones en la Constitución y así darles el rango o “formalización” de constitucionales. Sin embargo, considera:

con tal formalización no reciben carácter fundamental en ningún modo aquellas prescripciones particulares, sino al contrario, las auténticas prescripciones fundamentales son rebajas al grado de detalles de la ley constitucional. Las notas “formales” del concepto de Constitución son discutibles. Preciso es recordar sobre ello que la confusión de terminología y de formación conceptual usuales hoy, es muy grande. Por lo pronto, se equiparan y truecan tácitamente Constitución (como unidad) y ley constitucional (como particularidad); en segundo lugar, no se distinguen

¹¹⁶ Ídem.

“Constitución en sentido formal” y “ley constitucional en sentido formal”; y, por último, se ofrecen dos notas para la determinación del carácter ‘formal’, obtenidas de dos puntos de vista por completo dispares: unas veces se designa como “Constitución en sentido formal” sólo una Constitución escrita, y otras debe consistir lo formal de la ley constitucional, y de la así tácitamente equiparada Constitución, en que su reforma está ligada a supuestos y procedimientos de mayor dificultad.¹¹⁷

En segundo término (en sentido relativo), menciona a la Constitución escrita y explica que lo “formal” no puede consistir solamente en que se hayan plasmado en papel algunas regulaciones y alguien las haya instrumentado o hecho instrumentar, sino que dicho carácter formal sólo puede ser adquirido cuando ciertas propiedades del órgano que emite el documento o de su contenido, justifican hablar de una Constitución en sentido formal.¹¹⁸ Dice Schmitt que aquello que esté plasmado por escrito puede ser mejor demostrado (es más estable):

la idea general de que una cosa fijada por escrito puede ser demostrada mejor, ya que su contenido es estable y protegido contra modificaciones. Ambos

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 38.

¹¹⁸ Cfr. *Ídem*.

puntos de vista, demostrabilidad y mayor estabilidad, no bastan, sin embargo, para hablar en un sentido riguroso de formalismo. Antes bien, lo escrito necesita proceder de un órgano [...] competente; se dará por supuesto un procedimiento reconocido como el adecuado, antes de que lo escrito pase por auténticamente escrito.¹¹⁹

El autor indica que lo escrito necesita proceder de un órgano competente para que pueda ser autenticado como verdaderamente formal, ya que el procedimiento para su creación le otorga esa estabilidad de la que habla. Sin embargo, analiza el contraste existente entre lo verdaderamente formal y lo puramente escrito de la Constitución, concluyendo que, aunque esté redactada, no es suficiente para atribuirle el carácter formal:

la pretendida determinación formal del concepto: Constitución en sentido formal = Constitución escrita, no enuncia hoy otra cosa que: Constitución = una serie de leyes constitucionales escritas. Más allá del concepto de ley constitucional, se pierde el concepto de Constitución. Con ello, nada de específico se gana para la determinación del concepto de Constitución. Aquel pretendido concepto formal ha llevado tan sólo a relativizar el concepto de

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 39.

Constitución, es decir, a hacer de la Constitución, entendida como unidad cerrada, una multitud de prescripciones legales externamente caracterizadas, que se designan como “leyes constitucionales”.¹²⁰

Por tal razón, Carl Schmitt agrega un elemento importante a lo anterior para que la Constitución adquiera las características necesarias y no sólo se quede en el nivel de “escrita” como un pretendido sinónimo de formalidad:

reforma dificultada, como característica formal de la ley constitucional. La nota formal de la Constitución o (indistintamente) de la ley constitucional, se hallará en que los cambios constitucionales están sometidos a un procedimiento especial con condiciones más difíciles. Mediante las condiciones de reforma dificultadas se protege la duración y estabilidad de las leyes constitucionales y “se aumenta la fuerza legal”.¹²¹

Un procedimiento especial con condiciones más difíciles de reforma (rigidez constitucional) otorga una mayor duración a las leyes constitucionales, o lo que es lo mismo, le da estabilidad y, en consecuencia, una mayor fuerza jurídica. Por el contrario,

¹²⁰ *Ibidem*, p. 41.

¹²¹ *Ídem*.

el autor dice que cuando existe la posibilidad de una reforma a través de lo prescrito en una simple ley se pierde la protección especial contra las reformas y desaparece la diferencia que debe haber entre leyes constitucionales y leyes ordinarias, por lo que “no puede hablarse de leyes constitucionales en sentido formal. Se habla aquí de Constituciones flexibles”.¹²² Tal vez la intención del constituyente permanente sea ingresar al texto constitucional leyes no fundamentales que dificulten su modificación por parte de las legislaturas y que se asegure su estabilidad y vigencia:

surgió un punto de vista muy sencillo, de táctica partidista: la reforma dificultada no era ya la consecuencia de la cualidad constitucional, sino al contrario: se convertía en constitucional una prescripción para protegerla por cualesquiera razones prácticas (ajenas a cuanto tenga que ver con norma fundamental, etc.) frente al legislador, es decir, frente a las cambiantes mayorías parlamentarias.¹²³

El autor habla de una “fuerza legal aumentada” en el caso de que las leyes se constitucionalicen (esto es, que se incluyan en el texto constitucional) sin que

¹²² Ídem.

¹²³ *Ibíd.*, p. 43.

cuenten con las características de fundamentalidad que deben tener.

Respecto al concepto positivo de Constitución, visto como decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política, dice que surge mediante un acto del Poder Constituyente que contiene la totalidad de la unidad política, lo cual integra la forma y modo de la unidad política que es anterior a la Constitución:

la Constitución en sentido positivo surge mediante un acto del poder constituyente. El acto constituyente no contiene como tal unas normaciones cualesquiera, sino, y precisamente por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia. Este acto constituye la forma y modo de la unidad política, cuya existencia es anterior. No es, pues, que la unidad política surja porque se haya “dado una Constitución”. La Constitución en sentido positivo contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política.¹²⁴

Schmitt indica que esa “concreta forma de conjunto”, por la que se decide la unidad política, se puede cambiar, ya que nuevas formas pueden ser introducidas sin que el Estado (la unidad política)

¹²⁴ *Ibidem*, p. 46.

se interrumpa; por ello, considerando la voluntad de darla, una Constitución es “una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta por sí misma y se da a sí misma”.¹²⁵ Por consiguiente, la Constitución no surge de sí misma ni se da a sí misma, sino que vale por la voluntad política existencial:

la Constitución no es, pues, cosa absoluta, por cuanto que no surge de sí misma. Tampoco vale por virtud de su justicia normativa o por virtud de su cerrada sistemática. No se da a sí misma, sino que es dada por una unidad política concreta. Al hablar, es tal vez posible decir que una Constitución se establece por sí misma sin que la rareza de esta expresión choque en seguida. Pero que una Constitución se dé a sí misma es un absurdo manifiesto. La Constitución vale por virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da.¹²⁶

Consecuente con lo antes postulado, acerca de la voluntad (ésta produce una decisión en aquellos que dieron una Constitución), a continuación, el autor le atribuye a una decisión la existencia de la Constitución:

¹²⁵ Ídem.

¹²⁶ Ídem.

la Constitución como decisión. Es necesario hablar de la Constitución como de una unidad, y conservar entre tanto un sentido absoluto de Constitución. Al mismo tiempo, es preciso no desconocer la relatividad de las distintas leyes constitucionales. La distinción entre Constitución y ley constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica.¹²⁷

Esa decisión política del titular del Poder Constituyente es lo que Schmitt postula como la consecuencia de la voluntad que, al final, produce una Constitución. Incluso va más allá cuando asevera que toda normación tiene su origen en una decisión de tipo político que es expresada por el pueblo como titular del Poder Constituyente, lo que, dependiendo del régimen de gobierno, puede ser, por ejemplo, el pueblo en una democracia o el monarca en una monarquía, como poseedores de la soberanía en cada régimen, respectivamente.

Por otro lado, Schmitt analiza lo que llama concepto ideal de Constitución, "llamado así en un sentido

¹²⁷ *Ibidem*, p. 47.

distintivo y a causa de un cierto contenido”,¹²⁸ ya que con frecuencia se habla de una verdadera o auténtica Constitución cuando responde a un cierto ideal, esto es, que aquel grupo de personas inmersas en la lucha por un constitucionalismo reconozca como verdadera Constitución sólo a aquella cuyo contenido normativo corresponde a sus postulados políticos y no a otros; por el contrario, si tal contenido no satisface o no corresponde a sus aspiraciones, entonces ese grupo político podría negar el nombre de Constitución a tal documento, por ejemplo:

la burguesía liberal, en su lucha contra la Monarquía absoluta, puso en pie un cierto concepto ideal de Constitución, y lo llegó a identificar con el concepto de Constitución. Se hablaba, pues, de ‘Constitución’ sólo cuando se cumplían las exigencias de libertad burguesa y estaba asegurado un adecuado influjo político a la burguesía. De esta forma surge un concepto singular, distintivo, de Constitución.¹²⁹

De tal manera, cada estado podría o no tener Constitución, ello depende de la aceptación por parte del grupo político en el poder, quienes, a su vez, deben ver satisfechas sus aspiraciones en el documento. Al respecto, el autor dice que es posible que existan

¹²⁸ *Ibidem*, p. 58.

¹²⁹ *Ídem*.

tantos conceptos de Constitución como principios y convicciones políticas en cada Estado.¹³⁰

Finalmente, menciona el concepto ideal de Constitución, pero en un Estado de Derecho, al hacer referencia a que en el proceso histórico de la Constitución moderna (recordemos la época en la que Schmitt desarrolló su teoría) tiene prevalencia un concepto ideal por el que sólo se han designado como constituciones ideales aquellas cuyo contenido corresponden a las demandas de la libertad burguesa y sus respectivas garantías, en este sentido la Constitución se conceptualiza de tres maneras diferentes: la primera, dice, es igual a “un sistema de garantías de la libertad burguesa”.¹³¹

La segunda es igual a:

la llamada división (mejor dicho, distinción) de poderes. La llamada división de poderes [...] con su distinción entre Legislación, Administración y Justicia, es considerada desde el siglo XVIII, en un sentido especial, como contenido necesario de una Constitución liberal y auténtica. Contiene la garantía orgánica contra el abuso del poder del Estado.¹³²

¹³⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 59.

¹³¹ *Ídem*.

¹³² *Ibidem*, p. 60.

La tercera es igual a:

Constitución escrita (documento constitucional). La exigencia política de una Constitución escrita llevaba a una equiparación: Constitución = Constitución escrita, que [...] es, primero, un pacto instrumentado (entre Príncipe y Estamentos o Representación popular); después, una ley constitucional escrita.¹³³

2.6 Hermann Heller

Hermann Heller desarrolla tres enfoques de Constitución: Constitución política como realidad social, Constitución jurídica destacada y Constitución escrita.

En cuanto al primer enfoque, refiere a una definición de organización como “la acción concreta de dar forma a la cooperación de los individuos y grupos que participan en el todo, mediante la supra-, sub- y co-ordinación de ellos”,¹³⁴ para después afirmar que la Constitución de un Estado coincide con su organización dado que es producida mediante la actividad humana consciente.

¹³³ *Ibidem*, p. 61.

¹³⁴ Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, 1971, p. 267.

Heller indica que la Constitución está referida a la forma o estructura de una situación política real que se renueva constantemente por los actos de la voluntad humana, por tanto,

el Estado se convierte en una unidad ordenada de acción y es entonces cuando cobra, en general, existencia. Al adquirir la realidad social ordenación y forma de una especial manera, es cuando el Estado aparece en su existencia y modo concretos.¹³⁵

Con base en esa concepción de “organización”, reflexiona acerca del constante movimiento y dinamismo en que se hallan las relaciones de poder, lo que engendra la unidad y ordenación del Estado ya que, en lugar de producir caos, toda organización humana perdura en virtud de que constantemente renace; la premisa que sustenta lo anterior, de acuerdo con el autor, es la conducta presente de los miembros de un Estado (el pueblo o, en un extremo político, los ciudadanos) derivada de la acción unitaria, con lo que asevera:

su realidad potencial tiene su expresión en la probabilidad relativamente previsible de que la cooperación entre sus miembros vuelva a producirse de modo semejante en el futuro. La configuración actual de la

¹³⁵ *Ibíd.*, p. 268.

cooperación, que se espera se mantenga de modo análogo en el futuro, por la que se produce de modo constantemente renovado la unidad y ordenación de la organización, es lo que nosotros llamamos Constitución en el sentido de la ciencia de la realidad.¹³⁶

Por eso, para él es muy importante el carácter dinámico del Estado y del derecho, por lo que sólo se puede hablar de Constitución con base en lo que llama la "dinámica de los procesos de integración constantemente cambiantes" pero, dice, con un carácter relativamente estático: "la Constitución del Estado no es [...] proceso sino producto, no actividad sino forma de actividad; es una forma abierta a través de la cual pasa la vida, vida en forma y forma nacida de la vida".¹³⁷

Considerando que la Constitución permanece aún con el cambio de los tiempos y de las personas en virtud de la probabilidad de que en el futuro (como ya se mencionó) se repita la conducta humana que concuerde con ella, se produce lo que el autor llama "normalidad":

la Constitución permanece a través del cambio de tiempos y personas gracias a la probabilidad de que

¹³⁶ Ídem.

¹³⁷ Ídem.

se repita en lo futuro la conducta humana que concuerda con ella. Esta probabilidad se asienta, de una parte, en una mera normalidad de hecho, conforme a la Constitución, de la conducta de los miembros, pero además en una normalidad normada de los mismos y en el mismo sentido.¹³⁸

De ahí que se pueda distinguir la Constitución no normada y la normada, y dentro de esta última las normadas de maneras jurídica y extrajurídica, para luego concluir que “la Constitución normada por el derecho conscientemente establecido y asegurado es la Constitución organizada”,¹³⁹ lo anterior resulta razonable si se considera la concepción que tiene de “organización”:

por eso decimos que el Estado es una forma organizada de vida cuya Constitución se caracteriza no sólo por la conducta normada y jurídicamente organizada de sus miembros, sino además por la conducta no normada, aunque sí normalizada, de los mismos.¹⁴⁰

El autor expone el concepto de “normalidad” como una regla de previsión, el cual, referido a la conducta, consiste:

¹³⁸ *Ibidem*, p. 269.

¹³⁹ *Ídem*.

¹⁴⁰ *Ídem*.

en su concordancia con una regla de previsión basada sobre la observación de lo que sucede por término medio en determinados periodos de tiempo. Todas las ordenaciones sociales que tienen validez real consisten en ciertas esperanzas de los miembros basadas en el siguiente principio: por el hecho de que tal hombre o grupo en tales circunstancias, de manera constante y por lo regular, se hayan comportado, en general, de tal modo, se puede confiar y contar con que, a pesar de las excepciones que pueda tener la regla, se comportarán también así, bajo las mismas circunstancias, en el futuro.¹⁴¹

La infraestructura no normada de una Constitución está sustentada por una normalidad puramente empírica de la conducta de los miembros de un Estado, que, a su vez, está originada en las motivaciones naturales y comunes como el lugar de origen, el parentesco, la historia, la cultura, etcétera.¹⁴²

Por otro lado, la Constitución normada consiste:

en una normalidad de la conducta normada jurídicamente, o extrajurídicamente por la costumbre, la moralidad, la religión, la urbanidad, la moda, etc. Pero las normas constitucionales, tanto jurídicas

¹⁴¹ *Ibidem*, pp. 269 y 270.

¹⁴² *Cfr. Ibidem*, p. 270.

como extrajurídicas, son, a la vez que reglas empíricas de previsión, criterios positivos de valoración del obrar.¹⁴³

Con “positivos”, el autor se refiere a “deseables” o “benéficos”, ya que “también se roba y se asesina con regularidad estadísticamente previsible sin que, en ese caso, la normalidad se convierta en normatividad”.¹⁴⁴

En su concepción de Constitución Política, como realidad social, concluye diciendo que “no existe Constitución política alguna que, cabalmente como estatus real, no sea, a la vez, un ser formado por normas, es decir, una forma de actividad normada, además de una forma de actividad meramente normal”.¹⁴⁵

En cuanto a la Constitución jurídica destacada, Heller antepone el punto de vista del deber ser al de su concepción de Constitución Política como realidad social (o estructura de un estatus político):

no sólo según una acepción vulgar, sino también en el lenguaje jurídico suele entenderse por Constitución

¹⁴³ *Ibidem*, p. 271.

¹⁴⁴ *Ídem*.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 272.

del Estado no la estructura de un status (sic) político total, antes descrita, sino únicamente el contenido normativo jurídico destacado de esta realidad; no una estructura social conformada por normas, sino una estructura normativa de sentido; no un ser, sino un deber ser.¹⁴⁶

No se trata de una simple estructura normativa sino de una con sentido que hace alusión al ser y al deber ser. Lo anterior aunado a la premisa de que las normas sociales deben mantener una determinada conducta social y, por tanto, las normas constitucionales deben procurar vigencia a una normalidad con un valor deseable, a pesar del cambio en las circunstancias temporales y sociales, por tanto:

la unidad y ordenación de la Constitución del Estado sólo adquiere realidad por una cooperación de actividades que, tanto histórica como sistemáticamente y tanto en la sucesión temporal como en la coexistencia espacial, han de mostrar una continuidad en la que haya un ajuste perfecto. La Constitución jurídica representa el plan normativo de esta cooperación continuada.¹⁴⁷

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 278.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 283.

De acuerdo con Heller, al deber ser se le antepone el ser, esto significa que el aspecto objetivo (u objetivación) de la Constitución no adquiere calidad de caso real, debido a que en la relación entre el sujeto y el objeto en la realidad social sólo existe la Constitución jurídica en cuanto “es constantemente referida al sujeto humano, en cuanto se actualiza constantemente por hombres”.¹⁴⁸

De ahí se parte hacia la concepción de la Constitución escrita. Según Heller, así era considerada sólo la ley fundamental del Estado que se presenta con la forma de un documento escrito y, en este sentido, lo escrito le da una objetivación que representa una separación del idealismo puro (“formaciones del espíritu”, en palabras del autor), y una adhesión a lo material bajo la cual: “el contenido significativo objetivado se hace mucho más independiente de sus actualizaciones subjetivas transitorias”.¹⁴⁹

En este punto, resalta la principal bondad de que la Constitución sea escrita:

un contenido de sentido de lenguaje, el arte o el derecho se trasmite de modo mucho más seguro mediante la escritura incluso, y aún especialmente, en

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 289.

¹⁴⁹ *Ídem*.

aquellos casos en que no es posible una transmisión personal y oral, o sólo lo es de modo imperfecto.¹⁵⁰

Para Heller el Derecho escrito es necesario cuando existen cambios bruscos en las relaciones de poder, pero “la Constitución moderna no se caracteriza, sin embargo, propiamente por la forma escrita, sino por el hecho de que la estructura total del Estado debe ser regulada en un documento escrito único”.¹⁵¹ Al respecto, no es suficiente con que la Constitución se presente plasmada en un documento escrito, también debe ser único, lo cual se logra por análisis y por sistematización:

mediante el análisis de aquellas porciones de la actividad social relevantes para la ordenación jurídica, de las ‘situaciones de hecho’ de carácter abstracto, se llega a la formulación de preceptos jurídicos generales; por medio de estos, se aspira a satisfacer la exigencia organizatoria de que, en lo posible, toda decisión jurídica concreta se conciba como aplicación de un precepto jurídico abstracto a la situación de hecho concreta.¹⁵²

Para él es de suma importancia la técnica jurídica con la que se plasma la Constitución y sus respectivas

¹⁵⁰ Ídem.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 290.

¹⁵² *Ibidem*, p. 291.

normas, cumpliendo a cabalidad (como debe ser) con los aspectos característicos de toda norma jurídica (como la abstracción y la generalidad), con lo que el autor tiene muy presente que la Constitución (además de su fundamentalidad) es también un cuerpo legal. Lo anterior se complementa con la sistematización "con la ordenación lógica de todos los preceptos jurídicos obtenidos por análisis, en un sistema unitario y, en lo posible, sin lagunas ni contradicciones de reglas de derecho".¹⁵³

Forma y contenido son dos aspectos que tienen, de acuerdo con el autor, un origen y una finalidad diferentes:

la racionalización de la forma jurídica, tanto del constitucionalismo como del absolutismo, procedía del pensamiento jurídico romano. En cambio la racionalización del contenido jurídico, la reducción de los preceptos jurídicos positivos, cada vez más numerosos y siempre cambiantes, a algunos pocos principios jurídicos materiales que se pretenden inmutables, procede del Derecho Natural racional. Ambas racionalizaciones, formal y material, del derecho hubieron de intervenir para engendrar la creencia en la posibilidad de una estructura unitaria de poder del Estado

¹⁵³ *Idem.*

mediante una codificación sin lagunas de las normas jurídicas fundamentales.¹⁵⁴

Con lo anterior se puede recordar la pugna entre la sistemática ideal de una Constitución con su codificación real, Heller dice que ninguna Constitución escrita contiene todas las normas fundamentales, pero sí incluye algunos preceptos que no pueden valer como fundamentales:

las Constituciones materiales en sentido estricto consisten siempre en una pluralidad de leyes constitucionales entre las cuales se caracteriza a un documento, por su superior importancia, como la Constitución "formal".¹⁵⁵

Este último concepto (Constitución formal) significa la totalidad de los preceptos jurídicos codificados por escrito en el texto constitucional, lo cual da pauta a cuestionar cuáles son suficientemente importantes para incluirse y gozar, por consecuencia, de la garantía de permanencia, cuestión que el autor responde diciendo que el legislador de la Constitución es el que decide en única instancia.

Heller finaliza:

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 292.

¹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 294 y 295.

la tendencia a armonizar, hasta donde sea posible, el texto constitucional escrito con la Constitución material en sentido estricto se revela claramente en las Constituciones escritas y tiene su expresión en el hecho de que todas presentan un contenido típico consistente en la ordenación fundamental de órganos y funciones.¹⁵⁶

2.7 Paolo Biscaretti

Paolo Biscaretti asegura que todo Estado tiene siempre una Constitución y que un Estado que no está constituido con alguna, sería algo sin sentido, e incluso, una contradicción. Como continuador de la teoría institucionalista de Santi Romano, para Biscaretti, desde un punto de vista básico, la Constitución puede reducirse a una sola institución que es la del soberano absoluto, y a una sola norma por la que todos los poderes corresponden al rey, aunque siempre habrá una Constitución:

si se toma la expresión en los dos sentidos ya indicados (institucional y sustancial) todo Estado tiene una Constitución [...]. Un Estado no constituido sería algo sin sentido, una contradicción en los términos. En sus formas más rudimentarias la Constitución podrá

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 295.

reducirse a una sola institución: la del soberano absoluto, y a una sola norma (a menudo puramente consuetudinaria), la cual estatuye que todos los poderes correspondan al rey; pero siempre habrá una Constitución.¹⁵⁷

Asimismo, dentro de la técnica jurídica, establece tres significados diferentes de Constitución:

- a) *Institucional*, por el que tiene un significado de estatus o de estructura esencial de un ente u organismo, por ello, se puede hablar de Constitución como un ordenamiento jurídico debido a la estructura, lo cual puede ajustarse a una colonia, municipio o Estado.
- b) *Formal*, ya que se considera que por el hecho de ser normas jurídicas contenidas en la Constitución obtienen por ese hecho su tutela jurídica constitucional y formalmente, aunque materialmente no lo sean.
- c) *Material*, en donde, por el contrario, no importa cómo se integra, sino la esencia jurídica constitucional que posean y que hayan sido producto de un Poder Constituyente o algún órgano de similar naturaleza.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Derecho Constitucional*, 1987, pp. 139 y 140.

¹⁵⁸ Cfr. De La Hidalga, Luis, *op. cit.*, pp. 13 y 14.

En cuanto al concepto de “Constitución”, Biscaretti postula dos significados, el primero desde el punto de vista institucional:

Constitución significa status (sic), orden, conformación, estructura esencial de un ente o de un organismo en general. Y así como se habla de la constitución especial de un ser vivo, también podrá referirse a la determinada constitución de un ordenamiento jurídico, aludiendo al esquema fundamental, determinado por el conjunto de sus principales instituciones. Y constitución se llamará, entonces, el ordenamiento supremo de la iglesia, de una colonia, de un municipio y también, y sobre todo (por antonomasia), del Estado.¹⁵⁹

Tal definición hace referencia a la conformación y estructura de un ente, de un organismo (incluso vivo) y de un sistema jurídico, ayudado del concepto de conjuntos, ya que para estructurar un cuerpo (el que sea) es necesario aplicar algún sistema de clasificación que permita reunir determinadas características afines en conjuntos. El segundo significado se aproxima al primero, el cual se obtiene considerando su contenido normativo:

¹⁵⁹ Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *op. cit.*, pp. 138 y 139.

se entiende por Constitución, en sentido puramente sustancial: todo aquel complejo de normas jurídicas fundamentales, escritas o no escritas, capaz de trazar las líneas maestras del mismo ordenamiento. Respecto al significado mencionado, asume, por tanto, particular interés la contraposición [...] entre Constituciones escritas y Constituciones consuetudinarias (o históricas): se establece esta diferencia apoyándose en la naturaleza escrita de las normas constitucionales (o, por lo menos, de su mayor parte), o en su lenta y progresiva formación, en vía esencialmente consuetudinaria (y, por consiguiente, no escrita), en el curso del desarrollo histórico del Estado examinado.¹⁶⁰

El autor establece la posibilidad de que no siempre habrá una Constitución en sentido formal, como un complejo de normas legisladas que son diferentes a las ordinarias en cuanto a su proceso formativo más dificultado; tales normas son formuladas por órganos legislativos especiales que han sido creados con esa finalidad y que generalmente se denominan como constituyentes, aunque también pueden ser creadas por órganos legislativos normales con la condición de que el procedimiento para ello sea diferente al acostumbrado, es decir, que sea un procedimiento agravado, pudiendo ser con la reunión de las dos cámaras en asamblea única, con el requisito

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 139.

de mayorías calificadas en el seno de los colegios o votaciones repetidas y distanciadas en el tiempo.¹⁶¹

Finalmente, Biscaretti anota otro significado del vocablo “Constitución”:

cuando se toma en sentido instrumental (del latín *strumentum*: documento legal), indicándose entonces: el acto fundamental en el cual han sido formuladas solemnemente la gran mayoría de las normas sustancialmente constitucionales.¹⁶²

Esta significación se aleja de la genérica, que hace alusión a los seres vivos y se aproxima aún más a la de un Estado como ente político y social regido por un conjunto de reglas que, en este caso, son de carácter fundamental.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 140.

¹⁶² *Ídem*.

Capítulo 3.

Los medios de defensa y control de la constitucionalidad

Una vez establecido un sistema jurídico en un documento que contiene preceptos de carácter fundamental denominado “Constitución” y cuya finalidad es estructurar al Estado, lo siguiente es lograr que se cumpla lo que ahí se encuentra plasmado, ya que de nada serviría y no tendría ninguna razón de ser un conjunto de preceptos jurídicos (con todas sus características inherentes) si no se aplican ni se respetan en la realidad social. Por ello, para que la ley (y la Constitución) se cumpla, debe haber ciertos mecanismos, medios o instrumentos adecuados para tal fin.

Si se considera que el constitucionalismo es una corriente política, social y jurídica que atiende y regula las necesidades sociales y, sobre todo, limita el poder estatal, lo cual se plasma en una Constitución, entonces todo acto acorde con lo señalado en ese documento goza de constitucionalidad, por el contrario,

en caso de no existir esa concordancia, sería inconstitucional. No se debe dejar de lado la posibilidad latente de que ciertos actos vulneren lo establecido en la Constitución, de ahí que lo importante sea revisar su constitucionalidad, por consiguiente, es indispensable un sistema de control:

de nada sirve una Constitución que no se aplica; incluso, ello acarrea peores males, pues engendra la desconfianza y el desapego hacia las instituciones jurídicas. De modo, pues, que el dilema principal radica en lograr que la supremacía constitucional no sea tan sólo una expresión de deseos. Aquí es donde aparece y se evidencia la necesidad de contar con un sistema efectivo de control de constitucionalidad.¹⁶³

La idea principal es la necesidad de evitar y combatir los excesos en el ejercicio del poder público, lo cual, como se verá en el apartado correspondiente, derivó de situaciones y circunstancias históricas que provocaron el diseño gradual de tales mecanismos. En este aspecto importan los principios constitucionales (sin menoscabo de la importancia que también tienen los otros preceptos de la Constitución), es decir, importa que dichos axiomas se mantengan inalterados. En este capítulo se plantea

¹⁶³ Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, 1992, p. 34.

lo siguiente: ¿cuáles son los medios, mecanismos o instrumentos más adecuados para que los principios constitucionales no se alteren o se lesionen? La respuesta la encontramos en la defensa y el control de la Constitución:

la defensa de la Constitución y el control constitucional van más allá de la mera regulación de los actos del poder estatal; su ejercicio no se agota en la sola exigencia de que las autoridades ciñan su actuación a la ley. Una y otro adquieren su manifestación más decantada al hacer que los órganos estatales sujeten sus actos, de manera invariable, a lo dispuesto por la ley fundamental.¹⁶⁴

No sólo se debe exigir que la actuación de los poseedores del poder público estatal se ajuste a la ley, igualmente, es necesario que en el ejercicio de la función se ciña a la Constitución, para ello se tienen dos instrumentos: el de defensa y el de control de lo instituido en la misma Constitución. Ya que los preceptos constitucionales establecen derechos fundamentales mínimos que deben ser respetados por todos, asimismo, prevén que las leyes sean elaboradas bajo un procedimiento específico y que no

¹⁶⁴ Uribe Arzate, Enrique, *Mecanismos para la defensa de la Constitución en México*, 2004, p. 158.

contengan disposiciones que lesionen esos derechos fundamentales mínimos:

proclamando la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la libertad de conciencia, la inviolabilidad de la propiedad —bajo la forma habitual de una garantía en beneficio de los sujetos de un derecho subjetivo a la igualdad, a la libertad, a la propiedad, etcétera— la constitución dispone, en el fondo, que las leyes no solamente deberán ser elaboradas según el procedimiento que ella prescribe, sino, además, que no podrán contener ninguna disposición que menoscabe la igualdad, la libertad, la propiedad.¹⁶⁵

De esta manera se considera que la Constitución, además de contener reglas de procedimiento, contiene de fondo, por lo que una ley puede ser inconstitucional por existir alguna irregularidad de procedimiento en su creación o en virtud de que su contenido contraviene esos derechos fundamentales mínimos o, dicho en otras palabras, cuando la ley excede los límites establecidos por la propia Constitución.¹⁶⁶

Ahora bien, para dar una respuesta concreta a la cuestión planteada, es necesario diferenciar entre

¹⁶⁵ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional...*, p. 23.

¹⁶⁶ Cfr. Ídem.

la defensa y el control constitucional, aunque, como se verá más adelante, son dos conceptos que están ligados en varios aspectos.

3.1 Defensa constitucional

Desde un punto de vista de la técnica constitucional, las actividades que atacan al orden constitucional se deben ilegalizar, con ello, se pretende que los enemigos de la Constitución no alteren ese orden constitucional, por esa razón deriva el concepto de defensa de la Constitución:

la técnica constitucional consistente en ilegalizar actividades que tienen por finalidad atacar el orden constitucional subyacente. Se busca, por este medio, que la Constitución no permita que sus enemigos, utilizando los medios que ella dispone, alteren el orden constitucional y pretendan destruir el sistema democrático [...]. Dicho esto, hoy se puede afirmar que la noción de “defensa constitucional” se concreta o materializa a través de la jurisdicción constitucional (vale decir, a través de una defensa o protección jurídica de la Constitución), entendida ésta como todo procedimiento jurisdiccional que tiene como fin directo garantizar la observancia de la Constitución.¹⁶⁷

¹⁶⁷ Eto Cruz, Gerardo, “Defensa constitucional”, 2014, p. 312.

La defensa constitucional se concreta por medio de la jurisdicción constitucional, lo cual significa una protección de la Constitución derivada del Derecho, con procesos y procedimientos preestablecidos para que al final se asegure la protección y observancia de los principios y preceptos expresados en su texto. No obstante, es necesario hacer la distinción entre cada uno de esos conceptos, ya que jurisdicción, garantía y proceso o procedimiento están referidos a los instrumentos para ejercer propiamente la función jurisdiccional:

la “defensa constitucional” abarca tanto mecanismos de protección, como los dirigidos a la solución de conflictos; en tanto que “jurisdicción”, “garantías” y “derecho procesal” (constitucional), poseen una connotación mucho más restringida, pues se refieren a los instrumentos estrictamente procesales que implican el ejercicio de la función jurisdiccional en sentido propio.¹⁶⁸

En virtud de la jerarquización existente dentro de un sistema jurídico constitucional, es importante la relación entre las normas inferiores y las normas superiores de dicho sistema, porque ahí se puede inferir la concordancia entre las mismas o, por el contrario,

¹⁶⁸ Fix-Zamudio, Héctor, “La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano”, 1992, p. 108.

su discordancia. En este último caso debería aplicarse la defensa constitucional:

es posible, en consecuencia, establecer dos relaciones entre las normas inferiores y superiores de un orden jurídico: la de concordancia y su negación. La norma inferior puede concordar con la norma superior porque fue creada siguiendo el procedimiento establecido por ella por el órgano competente y porque tiene un contenido que no contradice lo que determina la norma superior. La concordancia con la norma superior puede, entonces, tener carácter formal o carácter material. Cuando esta relación de concordancia puede ser establecida entre dos normas o conjuntos de normas, se dice que la norma o normas inferiores son regulares. En caso contrario se dice que son irregulares.¹⁶⁹

Por ello, para efectos de la defensa de la Constitución, es importante considerar el fondo y la forma bajo los cuales fue elaborada la norma jurídica, con la finalidad de verificar que se haya hecho conforme a lo regulado en la norma jerárquicamente superior y que, por tanto, existe concordancia, de lo contrario estaría afectada de una irregularidad susceptible de ser sometida a los mecanismos de defensa previstos.

¹⁶⁹ Schmill, Ulises, "Fundamentos teóricos de la defensa de la Constitución en un Estado Federal", 1997, p. 28.

3.2 Control constitucional

Defensa y control son conceptos que tienen en común diversos aspectos, lo cual hace que su distinción deba ser cuidadosa, máxime que la doctrina contemporánea ha sido muy prolífica en cuanto a la conceptualización y definición de diversos vocablos relacionados con ese tema:

en efecto, en la doctrina contemporánea se han empleado hasta cierto punto como equivalentes las denominaciones de control, defensa, justicia, jurisdicción, garantías y derecho procesal, todas ellas con el calificativo de “constitucional”, pero si analizamos estos términos de manera precisa podemos concluir que poseen diverso contenido, ya que en primer lugar “control”, constituye un vocablo muy genérico, que posee la significación más amplia, pues comprende todo tipo de instrumentos que se utilizan para lograr la efectividad de la normativa constitucional.¹⁷⁰

En términos generales, el control constitucional conlleva varias acepciones, “la primera implica la existencia de uno o varios mecanismos de defensa, cuya finalidad es mantener la vigencia del orden constitucional”;¹⁷¹ de acuerdo con el autor, ello significa que

¹⁷⁰ Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, p. 108.

¹⁷¹ Rodríguez, Marcos Francisco del Rosario, “Control de constitucionalidad”, 2014, pp. 221 y 222.

el control es el género y la defensa es la especie, porque dentro del concepto de control se contiene el de defensa, aunque también se podría interpretar como una relación de consecuencia, dado que el control constitucional, dice el autor, implica la existencia de mecanismos de defensa, es decir, no hay control sin medios de defensa. Asimismo, no se puede omitir el hecho de que toda Constitución tiene como principal propósito la limitación del poder, por lo que desde su texto se establecen las facultades y atribuciones que pueden ejecutar los órganos de poder, desde luego con la mención de los límites respectivos:

otro significado del vocablo “control constitucional” es el referido al hecho de que toda Constitución debe fungir como instrumento de limitación del poder. Desde la ley fundamental se establecen las facultades que deberán desplegar los órganos de poder, sin que puedan exceder sus alcances. Un ejercicio desmedido del poder por parte de cualquier autoridad merma la eficacia del contenido constitucional, por lo que se puede advertir que el control constitucional condiciona la eficacia de la fuerza normativa de la Constitución.¹⁷²

¹⁷² Ídem.

Dentro del propio sistema jurídico constitucional se halla la estructura que se encarga del control de la constitucionalidad, el cual se concretiza por medio de los órganos que en la misma Constitución se encuentran plasmados, de tal manera que se vuelve un control orgánico orientado al:

regreso a la constitucionalidad cuando los titulares de los órganos primarios del Estado han vulnerado su marco de actuación o han incumplido con sus obligaciones, a grado tal de que se haya provocado la ruptura del orden constitucional, mediante la comisión de actos metaconstitucionales.¹⁷³

Además de las diferencias entre defensa y control de la constitucionalidad y los conceptos sustanciales que ello implica (como las garantías y libertades mencionadas, pero también los límites al ejercicio del poder público incluidos en la Constitución), es necesario referir los medios, instrumentos o mecanismos con los que se cuenta para que esa defensa y ese control sean efectivos, ya que no basta con la sola mención de la existencia de ciertos derechos u obligaciones (incluso fundamentales), por ello, es importante prever los medios por los cuales se pueden hacer efectivas esas garantías y libertades así como los límites.

¹⁷³ Uribe Arzate Enrique, *El tribunal constitucional*, 2007, p. 210.

3.3 Medios de defensa

¿Cómo asegurar la supremacía de la norma fundamental? ¿De qué manera se puede impedir que los poderes constituidos rebasen sus competencias y atribuciones encomendadas? ¿Cuál es la mejor defensa del orden constitucional? La respuesta es la jurisdicción constitucional, misma que integra tribunales, cortes especializadas y salas constitucionales.¹⁷⁴ Otro de los medios con los que se cuenta para la defensa de la Constitución es el proceso dificultado de reforma, en virtud de su carácter rígido, esto le otorga la seguridad de que sus principios, fundamentos y contenido gozarán de una cierta permanencia:

la defensa de la Constitución implica las acciones tendientes a garantizar la permanencia de los principios contenidos en el texto de la *lex fundamentalis* y, al mismo tiempo, la salvaguarda del orden constitucional desde la dimensión de la estática jurídica. En general se acepta que se defiende a la Constitución cuando se asegura su permanencia, la pervivencia de su contenido y particularmente, la de los principios que ella sanciona. De acuerdo con esto, la defensa de la Constitución se traduce en la defensa de su contenido y de

¹⁷⁴ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silvero Salgueiro, Jorge (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, 2012, p. 156.

sus principios. Así, su carácter supremo y fundamental nos permite garantizar su inviolabilidad y permanencia mediante el proceso dificultado de reforma.¹⁷⁵

Al respecto, es interesante el caso mexicano de la demanda de amparo que fue interpuesta en contra de actos del Congreso de la Unión y de otras autoridades, consistente en la iniciativa de reformas a la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de agosto de 1996. De inicio, el Juez de Distrito desechó la demanda por considerarla improcedente, ante lo cual la parte quejosa interpuso recurso de revisión que fue estudiado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en ejercicio de su facultad de atracción y por mayoría de seis votos se resolvió revocar el auto recurrido. El aspecto principal que fue discutido consistió en determinar si procede el juicio de amparo por vicios en el procedimiento de reforma a la Constitución y, en resumen, la mayoría del Pleno sostuvo lo siguiente:¹⁷⁶

- a) El quejoso no cuestiona el contenido de la reforma constitucional sino el procedimiento legislativo que culminó con ésta.

¹⁷⁵ Uribe Arzate, Enrique, *Mecanismos para...*, pp. 157 y 158.

¹⁷⁶ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo contra el procedimiento de reformas a la Constitución*, México, 1997, pp. XI-XIII.

- b) No obstante que el resultado del procedimiento de reforma hubiere quedado elevado formalmente a la categoría de norma suprema, dicho procedimiento es impugnabile a través del juicio de amparo, ya que en la legislación mexicana no existe disposición expresa que prohíba el ejercicio de la acción de amparo en contra del proceso de reformas a la Ley Suprema.
- c) El artículo 103 constitucional otorga a los tribunales federales competencia para resolver toda controversia que se suscite por actos de autoridad o leyes en sentido amplio, sin distinguir si son constitucionales, fundamentales, primarias, reglamentarias, orgánicas, secundarias o de cualquier otra índole; por tanto, su contenido normativo no puede quedar reducido a una simple cuestión terminológica: si dentro del término "ley" queda o no comprendida la Constitución.
- d) Las entidades que intervienen en el proceso legislativo de una reforma constitucional y que en ejercicio de sus atribuciones secuenciales integran el órgano revisor, son autoridades constituidas en tanto que se ha determinado que tienen tal carácter las que dictan, promulgan, publican, ordenan, ejecutan o tratan de ejecutar la ley o el acto reclamado.¹⁷⁷

¹⁷⁷ Ídem.

Debido a que dicha discusión fue sumamente controvertida, al interior del Pleno se dieron también otros criterios, los cuales son dignos de ser tomados en cuenta para efectos de una mejor comprensión respecto a la procedencia o no del referido medio de impugnación. Al respecto, la minoría de los integrantes de ese órgano consideró lo siguiente:

- a) El propósito del quejoso es obtener una sentencia en contra del artículo 122 de la Constitución General de la República.
- b) La acción de amparo no procede para cuestionar la regularidad constitucional de un procedimiento de reformas a la propia Carta Magna, ya que ésta no ha otorgado a la Suprema Corte competencia para ejercer control sobre tal proceso reformador.
- c) No es factible dissociar los vicios de procedimiento de la reforma, de los vicios del propio texto.
- d) El lenguaje empleado por los autores de las normas constitucionales para identificar la materia sobre la cual puede versar el juicio de amparo permite afirmar que la voluntad del Constituyente fue, desde luego, la de consagrar su procedencia en contra de leyes ordinarias entendidas como aquellas que emanan de la actuación del Congreso de la Unión, de las

Legislaturas Estatales y de los demás órganos constituidos encargados de la función legislativa y en contra de actos realizados por los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial como autoridades estatales.

- e) Si bien el texto constitucional no contiene una declaración prohibitiva en relación con la procedencia del amparo para casos como el presente, su inclusión sería incongruente a la lógica del sistema de amparo.
- f) El órgano reformador es un órgano intermedio entre el constituyente originario y las autoridades constituidas, en consecuencia, no puede sostenerse que el órgano revisor sea para efectos del amparo una autoridad equiparable a los órganos legislativo, ejecutivo, y judicial, pues si bien es exacto que se halla sometido al constituyente originario al menos desde el punto de vista formal, también lo es que, a su vez, se halla por encima de dichos poderes constituidos, por cuanto puede establecer sus atribuciones.
- g) Aceptar la procedencia del amparo sería resquebrajar la unidad del sistema constitucional, con grandes perjuicios para la sociedad y el orden jurídico nacional.¹⁷⁸

¹⁷⁸ *Idem.*

Los dos puntos de vista presentados respecto a la procedencia o no del juicio de amparo contra reformas a la Constitución son sumamente ilustrativos acerca de la naturaleza de ese medio de impugnación y del cual se puede generar un criterio jurídico como un medio de defensa de los postulados fundamentales y principios del constitucionalismo.

3.4 Medios de control

Como ya se mencionó, el control constitucional implica el concepto de defensa de la Constitución, básicamente, uno no puede ir sin el otro y viceversa. El aspecto toral de ambos es la limitación en el ejercicio del poder público respecto de aquellos que lo ejercen: “el control... [es] el vehículo a través del cual se hacen efectivas las limitaciones del poder”;¹⁷⁹ es decir, la finalidad esencial es impedir que se abuse del poder, y en la realización de ese fin se puede incluir la sanción o el remedio (a manera de prevención), el primero cuando ya se ha cometido el acto que rebasa los límites establecidos para el ejercicio del poder público, mientras que el segundo se implementa cuando aún no ha ocurrido el acto.

¹⁷⁹ Aragón, Manuel, “Interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, 1986, p. 87.

Sin embargo, impedir el abuso del poder es la finalidad esencial del control, “sancionarlo o remediarlo son funciones secundarias del control. Es la sanción tan solo uno de los aspectos del control; si bien es una muy importante, por su posible efecto intimidatorio no abarca toda la función de control”.¹⁸⁰

También se considera que los medios de control de la constitucionalidad son aquellos instrumentos a través de los cuales se busca mantener o defender el orden establecido por la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.¹⁸¹ De modo que, el control de la constitucionalidad tiene una finalidad distinta visto desde la dinámica jurídica:

ejercer los mecanismos jurídicos que tanto en el aspecto preventivo como en las tareas de tipo correctivo sirvan para contener en los límites de la Constitución a toda la producción jurídica del Estado y, asimismo, para obligar a las autoridades a que ciñan su desempeño a lo prescrito por la norma *normarum*. Ésta es la verdadera supremacía constitucional.¹⁸²

¹⁸⁰ Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, 1998, p. 30.

¹⁸¹ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Los medios de control”, p. 3.

¹⁸² Uribe Arzate, Enrique, *Mecanismos para...*, p. 158.

Ahora bien, el derecho es la forma en que se regula el control, dicho de otra manera, las normas jurídicas imponen los límites al ejercicio del poder político. La misma Constitución y las leyes secundarias contienen reglas que expresan los límites para el ejercicio de ese poder, de manera similar a aquellas que determinan las funciones y las relaciones de los órganos del Estado, por ello se considera que “el orden jurídico es un elemento fundamental del control y, paradójicamente, es también su objeto. Por medio de la regulación se logra un control efectivo y obligatorio”.¹⁸³ Con base en lo anterior, se ha sostenido que existen dos formas de control de la constitucionalidad: abstracto y concreto. El primero es como recurso contra leyes:

es una operación sin límites materiales. Se trata de un control sin vinculación a la aplicación de la norma; la legitimación generalmente es objetiva. La impugnación directa no requiere ningún tipo de relación subjetiva entre los legitimados y la norma, ya que se atacan vicios formales o materiales derivados del proceso de creación de la norma. El objeto de este recurso de inconstitucionalidad es la ley, entendida en términos genéricos, es decir, en relación con su rango normativo.¹⁸⁴

¹⁸³ Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales...*, p. 33.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, pp. 39 y 40.

El aspecto para revisar por medio del control abstracto de constitucionalidad es la manera en la que fue creada la norma, el proceso de creación o el proceso legislativo; por tanto, no es necesario que la norma en cuestión sea aplicada a un caso en particular para poder impugnar o revisar su constitucionalidad. En cambio, el control de constitucionalidad concreto sí depende de su aplicación a un caso específico:

se refiere a una consulta que el juez o tribunal puede presentar para determinar si se aplica o no la ley dependiendo de su constitucionalidad, es decir, no es necesario que la parte agraviada se inconforme, sino que basta con que la autoridad que debe aplicar la norma se percate de la inconstitucionalidad de la misma, para que inicie el procedimiento de declaración de constitucionalidad de la norma en cuestión.¹⁸⁵

Para comprender el control de la constitucionalidad es ilustrativo el momento histórico en el que surge la figura en los Estados Unidos de Norteamérica. John Marshall y su sentencia del 24 de febrero de 1803, elaborada en su carácter de presidente de la Suprema Corte de Justicia en estados Unidos, es un punto de partida para la teoría del control de la constitucionalidad tanto en ese país como en el mundo. Por consiguiente, es importante una breve descripción

¹⁸⁵ Ídem.

del contexto histórico¹⁸⁶ con la finalidad de ambientar el caso para su mejor comprensión.

En 1801, cuando finalizaba el mandato del presidente de Estados Unidos John Adams (del entonces Partido Federalista que después se convertiría en el actual Partido Republicano), poco antes de dejar el puesto creó nuevos cargos judiciales para ser ocupados por miembros de su partido (el Partido Federalista), por lo que el 13 de febrero de 1801 (dos semanas antes de que Adams dejara el mandato, incluso, algunos nombramientos fueron hechos la media noche anterior al día en el que expiraba su mandato) el Congreso sancionó la *Circuit Court Act* por la que se crearon 16 cargos de jueces federales de circuito. Lo anterior provocó indignación en los miembros del Partido Republicano (hoy Partido Demócrata).

Aunado a ello, en los últimos días de su mandato, Adams logró que se sancionara la *Organic Act of the District of Columbia* con el que se crearon 42 cargos de jueces de paz, quienes fueron designados el 2 de marzo, y el 3 de ese mismo mes (el último día del periodo de Adams) el Senado emitió los acuerdos, pero no todos los nombramientos fueron comunicados, lo cual estaba a cargo de John Marshall en su carácter de Secretario de Estado de John Adams.

¹⁸⁶ Bianchi, Alberto B., *op. cit.*, pp. 76-79.

Antes, Adams designó, en enero de 1801, a Marshall como *Chief Justice* de la Corte Suprema y juró como tal el 4 de febrero, por lo que, cuando Jefferson asumió el cargo de presidente, Marshall presidía la Corte y había 42 nuevos jueces de paz en el distrito de Columbia; entre esos jueces estaba William Marbury y otros que no habían sido notificados de su nombramiento (esto era indispensable para que el nombramiento se perfeccionara formalmente y pudieran asumir el cargo), por lo que esos jueces decidieron acudir con James Madison (nuevo secretario de Estado en el mandato de Jefferson) para reclamar la notificación de su nombramiento, pero se negó y decidieron acudir a la Corte Suprema para que emitiera (de acuerdo con la *Judiciary Act of 1789*), un *writ of mandamus* ordenando la notificación. A lo anterior recayó la famosa sentencia del 24 de febrero de 1803, elaborada por John Marshall.

El caso Marbury contra Madison es paradigmático en cuanto al control de la constitucionalidad y ha influido notablemente en los sistemas jurídicos del mundo destinados a ese objetivo, incluido México. A partir de la sentencia recaída a ese caso, quedaron en claro dos cosas:

- 1) son los jueces los encargados de ejercer el control constitucional, y 2) no existe un tribunal específicamente encargado de realizar esa tarea, sino que la

misma está a cargo de todos los jueces, sin perjuicio de su ejercicio final por parte de la Corte Suprema.¹⁸⁷

La primera regla se refiere al control concentrado, ya que el control debe ser ejercido en el ámbito de actuación de los jueces al conocer de un caso o controversia; la segunda refiere al llamado control difuso o desconcentrado de la constitucionalidad, el cual implica que no es sólo un órgano el que ejerce el referido control, sino cualquiera.

Son dos modelos para el control de la constitucionalidad, el difuso de los norteamericanos y el concentrado en un solo tribunal constitucional de los europeos:

los norteamericanos construyeron su sistema alrededor del caso judicial, encomendando la tarea a los jueces en general y reservando la última palabra a la Corte Suprema. Los europeos, por el contrario, prefirieron concentrar esa tarea ya sea en un tribunal especialmente creado al efecto, o bien en el superior tribunal del país [...] el sistema norteamericano está fundado en un control posterior caso por caso y sin efectos derogatorios sobre la ley o el decreto cuestionados. El sistema europeo, por el contrario, está

¹⁸⁷ *Ibidem*, pp. 92 y 93.

rodeado —con sus matices— de ciertas características que lo hacen un control previo y abstracto.¹⁸⁸

De esta manera, el modelo norteamericano es en realidad un control incidental ejercido en un proceso como una excepción a la aplicación de una norma que una de las partes en litigio plantea, mientras que el modelo europeo es más explícito y representa una jurisdicción autónoma ejercida por órganos *exprofe-so*, por lo que se considera un proceso autónomo de constitucionalidad con efectos inmediatos y generales sobre las leyes.¹⁸⁹

En cuanto al control de constitucionalidad concentrado, al contrario del modelo difuso, la Constitución otorga de manera expresa a un solo órgano estatal el poder de anular las leyes sancionadas que considere inconstitucionales, por ello:

el método de control concentrado siempre tiene que emanar del texto expreso de la Constitución, es decir, debe estar previsto *expressis verbis* por normas constitucionales [...]. En el caso del control de constitucionalidad concentrado, la atribución constitucional expresa a un Tribunal [...] de la potestad exclusiva

¹⁸⁸ *Ibidem*, pp. 108 y 109.

¹⁸⁹ *Ídem*.

para anular las leyes por inconstitucionalidad, es lo que lo convierte en la jurisdicción constitucional.¹⁹⁰

El control de constitucionalidad difuso es un modelo desarrollado para asegurar la supremacía de la Constitución al otorgar el poder (incluso el deber) de controlar la constitucionalidad a todos los jueces del Estado y no a uno solo.¹⁹¹ Ahora bien, en el sistema jurídico mexicano se comprenden los siguientes medios de control de la constitucionalidad y sus respectivos artículos de la Constitución:

- a) El juicio político (artículo 111).
- b) El procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia (artículo 97, párrafos segundo y tercero).
- c) Las controversias constitucionales (artículo 105, fracción I).
- d) El juicio de amparo (artículos 103 y 107).
- e) La acción abstracta de inconstitucional (artículo 105, fracción II).
- f) El juicio de protección de los derechos político electorales (artículo 99, fracción V).
- g) El juicio de revisión constitucional electoral (artículo 99, fracción IV).

¹⁹⁰ Brewer-Carías, Allan R., "Control de constitucionalidad concentrado", 2014, p. 223.

¹⁹¹ Cfr. Brewer-Carías, Allan R., "Control de constitucionalidad difuso", 2014, p. 227.

- h) Los organismos autónomos protectores de los derechos humanos, inspirados en el modelo escandinavo del ombudsman (artículo 102, apartado "B". Todos estos preceptos corresponden a la Constitución Federal).¹⁹²

También estaba considerado el procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, incluido en el artículo 97, sin embargo, tal precepto fue derogado en 2007.¹⁹³ Asimismo, a partir de 1992, por medio de algunas reformas a la Constitución, se reforzó el control de la constitucionalidad en México, en virtud de que fueron adicionadas algunas garantías constitucionales. Por ejemplo, en enero de 1992 se introdujeron los órganos autónomos no jurisdiccionales para la protección de los derechos humanos (comisiones de derechos humanos). En 1995 se introdujo una nueva institución constitucional que se ha denominado acción abstracta de inconstitucionalidad que tiene como objeto legitimar a las minorías legislativas para poder solicitar la revisión de la constitucionalidad en caso de que

¹⁹² Fix-Zamudio, Héctor, *Evolución del control constitucional en México*, 2004, p. 105.

¹⁹³ "Decreto que reforma los artículos 6o., 41, 85, 99, 108, 116 y 122; adiciona el artículo 134 y deroga un párrafo al artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", publicado en el Diario Oficial de la Federación. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Tomo DCL, núm. 9, México, martes 13 de noviembre de 2007.

consideren que se ha violentado (33 por ciento de sus integrantes para impugnar las leyes aprobadas por la mayoría, tanto en el ámbito federal como en el local, y también el Procurador General de la República). En ese mismo año se amplió la esfera de aplicación de las controversias constitucionales y en las reformas de agosto de 1996 se eliminó la prohibición de que ese medio de impugnación procediera contra leyes electorales y se estableció el Juicio para la Protección de los Derechos Político Electorales del Ciudadano y el Juicio de Revisión Constitucional en Materia Electoral.¹⁹⁴

¹⁹⁴ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Evolución del control...*, pp. 134 y 135.

Capítulo 4.

Las principales teorías de la soberanía y el Poder Constituyente

Uno de los temas importantes de la teoría constitucional es el relacionado con la creación de la Constitución, que conlleva necesariamente al de soberanía, pues este último es el sustento; es decir, la Constitución se crea por medio de un poder llamado constituyente cuya finalidad es crear un documento constitucional, y ese poder está conformado por personas que ejercen el poder público desde inicio, al cual se le llama soberanía. En este capítulo se abordarán esos dos temas como aspectos medulares de la creación y establecimiento de una Constitución.

4.1 Definición de soberanía

En México, la Constitución Política establece algunas de las categorías de "soberanía":

la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.¹⁹⁵

La primera parte del precepto constitucional referido hace alusión a uno de los tres elementos del Estado generalmente aceptados por la doctrina, que es el pueblo; la soberanía reside en el pueblo como elemento del Estado, esto es, en todas las personas, en todos los individuos que lo conforman y es donde reside esencial y originariamente:

“originariamente” quiere decir que jamás ha dejado de residir en el pueblo; aunque la fuerza haya dominado, no por ello prescribió a su favor, porque uno de los elementos de la soberanía es su imprescriptibilidad. Y lo hace de manera “esencial” porque en todo momento el pueblo es soberano; nunca delega su soberanía, sino que nombra a sus representantes, los cuales están bajo sus instrucciones y mando. Ante la imposibilidad de reunirse personalmente y de decidir todas las cuestiones que afectan la vida de la nación, el pueblo nombra a sus representantes.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁹⁶ Carpizo, Jorge y Madrazo, Jorge, *Derecho constitucional*, México, 1991, pp. 23 y 24.

Uno de los doctrinarios que abordó el concepto de soberanía de manera más profunda es Jean Bodin, en su famosa obra *Los seis libros de la República*, en donde define que una república es “un recto gobierno de varias familias, y de lo que les es común, con poder soberano”.¹⁹⁷ Asimismo, el autor elabora todo un análisis sobre el tema de la soberanía que ha sido un punto de partida teórico para el constitucionalismo moderno y contemporáneo:

la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una República [...] digo que este poder es perpetuo, puesto que puede ocurrir que se conceda poder absoluto a uno o varios por tiempo determinado, los cuales, una vez transcurrido éste, no son más que súbditos. Por tanto, no puede llamárseles príncipes soberanos cuando ostentan tal poder, ya que sólo son custodios o depositarios, hasta que place al pueblo o al príncipe revocarlos. Es éste quien permanece siempre en posesión del poder. Del mismo modo que quienes ceden el uso de sus bienes a otro siguen siendo propietarios y poseedores de los mismos, así quienes conceden el poder y la autoridad de juzgar o mandar, sea por tiempo determinado y limitado, sea por tanto tiempo como les plazca, continúan, no obstante, en posesión del poder y la jurisdicción, que los otros

¹⁹⁷ Bodin, Jean, *Los seis libros de la República*, Libro I, 1997, p. 7.

ejercen a título de préstamo o en precario.¹⁹⁸ Por esta razón, la ley manda que el gobernador del país, o el lugarteniente del príncipe, devuelva, una vez que su plazo ha expirado, el poder, puesto que sólo es su depositario y custodio.¹⁹⁹

Soberanía es poder, con las características de absoluto y perpetuo, es decir, “la soberanía no es limitada, ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo”,²⁰⁰ por eso la soberanía sólo es del pueblo y los gobernantes no son soberanos, dado que estos últimos solamente están ejerciendo ese poder hasta que es devuelto al pueblo, es decir, son simples depositarios del poder que se les ha dado por tiempo limitado:

supongamos que, cada año, se elige a uno o varios de los ciudadanos y se les da poder absoluto para manejar el estado y gobernarlo por entero sin ninguna clase de oposición, ni apelación. ¿No podremos decir, en tal caso, que aquellos tienen la soberanía, puesto que es absolutamente soberano quien, salvo a Dios, no reconoce a otro por superior? Respondo, sin embargo, que no la tienen, ya que sólo son simples depositarios del poder, que se les ha dado por tiempo

¹⁹⁸ “Que se tiene sin título, por tolerancia o por inadvertencia del dueño”, ver Real Academia Española. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=TugBCej>

¹⁹⁹ Bodin, Jean, *op. cit.*, pp. 47 y 48.

²⁰⁰ *Ibíd.*, p. 49.

limitado. Tampoco el pueblo se despoja de la soberanía cuando instituye uno o varios lugartenientes con poder absoluto por tiempo limitado, y mucho menos si el poder es revocable al arbitrio del pueblo, sin plazo predeterminado. En ambos casos, ni uno ni otro tienen nada en propio y deben dar cuenta de sus cargos a aquel del que recibieron el poder de mando.²⁰¹

El pueblo nunca pierde la soberanía, sólo la delega por tiempo determinado o indeterminado, pero al término de ese tiempo se devuelve o, en caso de que no haya plazo de devolución, entonces el poder regresa al pueblo cuando éste lo determine. Al decir que el poder es perpetuo hace referencia a la duración de la vida de quien lo posee, ya que cuando algún funcionario tiene, por un tiempo, la soberanía y éste desea continuar en el ejercicio de la misma, debe existir mutuo acuerdo y aceptación, de lo contrario, sería por la fuerza (llamado tiranía):

el tirano es soberano, del mismo modo que la posesión violenta del ladrón es posesión verdadera y natural, aunque vaya contra la ley y su anterior titular haya sido despojado. Pero si el magistrado continúa en el ejercicio del poder soberano por mutuo consentimiento, sostengo que no es príncipe soberano pues lo ejerce por tolerancia; mucho menos lo será si se

²⁰¹ Ídem.

trata de tiempo indeterminado, porque, en tal caso, lo ejerce por comisión precaria.²⁰²

También la doctrina considera que el término “soberanía” puede tener tres acepciones, la primera referida al carácter supremo e independiente de la potestad estatal, la segunda a los poderes que se encuentran incluidos de manera concreta en esa potestad estatal, y la tercera como la posición del órgano supremo de esa potestad estatal que ocupa al interior del Estado.²⁰³ En otros estudios se asevera que tiene dos acepciones, la primera referida al aspecto negativo de no dependencia del ordenamiento supremo mientras que la otra se refiere a un aspecto positivo, si bien, ese ordenamiento tiene una fuerza y eficacia superiores a los ordenamientos incluidos en su ámbito y que le están subordinados.²⁰⁴

Un concepto negativo de la soberanía es: “la negación de toda subordinación o limitación del Estado por cualquier otro poder”.²⁰⁵ Este, a su vez, se traduce en uno positivo: “una potestad pública que se ejerce autoritariamente por el Estado sobre todos los individuos que forman parte del grupo nacional”.²⁰⁶

²⁰² Ídem.

²⁰³ Cfr. Carré de Malberg, Raymond, *Teoría del Estado*, 1998, pp. 88-95.

²⁰⁴ Cfr. Romano, Santi, *op. cit.*, p. 68.

²⁰⁵ Jellinek, George, *Teoría general del Estado*, 1943, p. 287.

²⁰⁶ Carré de Malberg, Raymond, *op. cit.*, p. 25.

Por tanto, “esas dos nociones, que en realidad no son sino aspectos de una sola idea, engendran las dos características del poder soberano: es independiente y es supremo”,²⁰⁷ conceptos que serán abordados en el apartado correspondiente a la soberanía.

Ahora bien, dice la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*: es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.²⁰⁸

Respecto a lo anterior, hay quien considera que el vocablo “soberanos” de ese precepto no se está utilizando correctamente, ya que soberanía significa “lo que está por encima de todo”, por tanto:

el poder que está por encima de todos es precisamente el que no admite limitaciones o determinaciones jurídicas extrínsecas. Por ello la competencia de los Estados miembros de la Federación, para gobernarse por sí mismos dentro de las limitaciones impuestas

²⁰⁷ Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, p. 6.

²⁰⁸ Artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

por la Constitución federal, no es soberanía. Los Estados no tienen sino una potestad relativa, por acotada, de autodeterminación [...]. Llamemos, pues, soberanía a la facultad absoluta de autodeterminarse, mediante la expedición de la ley suprema, que tiene una nación, y autonomía a la facultad restringida de darse su propia ley que posee cada uno de los Estados de la Federación.²⁰⁹

El propio Tena Ramírez resalta que además del error presente en el artículo 40 de la Constitución mexicana (debido a una imprecisión del lenguaje), hay otro más sustancial en el artículo 41:

cuando dice que el pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos establecidos por la Constitución federal y las particulares de los Estados. El error estriba en atribuir el ejercicio de la soberanía a los órganos constituidos de la Unión y de los Estados, así se trate de atenuar la inexactitud con la expresión final (“en los términos establecidos por la Constitución Federal y las particulares de los Estados”), que ciertamente es contradictoria del párrafo precedente.²¹⁰

²⁰⁹ Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, p. 19.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 20.

La soberanía es, entonces, el poder absoluto y perpetuo, sin limitaciones de tiempo ni de intensidad, por lo que sólo el pueblo posee soberanía y lo único que se hace es que se delega a algunas personas para que en su nombre y representación lo ejerzan por tiempo limitado y respecto a ciertas funciones determinadas.

4.2 Función de la soberanía

Ante esas nociones de soberanía y su esencia es necesario responder a la pregunta: ¿Cuál es la función de la soberanía? Al respecto, se requiere aclarar lo siguiente:

los detentadores del poder oficiales y visibles son aquellos órganos y autoridades y correspondientes funcionarios que están encargados por la Constitución del Estado de desempeñar determinadas funciones en interés de la sociedad estatal.²¹¹

En resumen, quienes ejercen el poder lo hacen porque se los han delegado, el pueblo les otorga el ejercicio del poder público. Por ello, cuando se alude a la soberanía popular o se califica de soberanos a los gobernantes, en realidad se hace referencia a que

²¹¹ Loewenstein, Karl, *op. cit.*, p. 36.

esos órganos o personas ejecutan el poder en virtud de un régimen de democracia en el que se encuentran implícitos los conceptos de elección popular y de representación:

Quando [...] el Estado tiene personalidad, entonces, con las expresiones frecuentemente hoy empleadas en el uso común y a veces también en los documentos oficiales, en los cuales se alude a la soberanía popular, o se subraya la calificación de soberano atribuida al rey, se pretende respectivamente, aludir al simple hecho que la soberanía del Estado se realiza por órganos democráticos (es decir, elegidos por la colectividad popular, en cuya voluntad encuentra fundamento su autoridad).²¹²

Por otro lado, hay quien considera que la Constitución, en su carácter de documento normativo fundamental, goza de la característica de soberana, a lo cual existe la postura contraria que sustenta que esa es una forma poco clara de expresarse, ya que solamente una cosa con existencia concreta puede ser soberana:

la Constitución es el Estado, porque el Estado es tratado como un Deber-ser normativo, y se ve en él sólo un sistema de normas, una ordenación "jurídica", que

²¹² Biscaretti di Ruffia, Paolo, *op. cit.*, p. 120.

no tiene una existencia del Ser, sino que vale como deber, pero que no obstante —puesto que aquí se coloca una unidad cerrada, sistemática, de normas y se equipara con el Estado— sirve para fundar un concepto absoluto de Constitución. Por eso es también posible designar en este sentido a la Constitución como “soberana”, si bien ésta es una forma poco clara de expresarse. Pues, en puridad, sólo una cosa con existencia concreta, y no una simple norma válida, puede ser soberana.²¹³

Por consiguiente, la concepción más aceptada de la soberanía con respecto al ente que puede ser calificado de soberano, es aquella que le atribuye las características de autodeterminación y autolimitación, los cuales son conceptos que han radicado el poder soberano en distintos titulares, por ejemplo, el Rey (de acuerdo con Bodin), el Estado (de acuerdo con Spinoza), o el pueblo (en autores más modernos como Locke y Rousseau).²¹⁴

Ese poder absoluto y perpetuo del pueblo como elemento del Estado tiene la tarea de determinar los límites en el ejercicio del poder de aquellos que lo recibieron por virtud de una delegación de parte de su titular, es decir, del pueblo.

²¹³ Schmitt, Carl, *op. cit.*, p. 33.

²¹⁴ Cfr. Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales...*, pp. 12 y 13.

En efecto, independientemente de que la soberanía ha sido calificada como exclusiva, indivisible, ilimitada y autónoma, su característica esencial es constituirse en una potestad superior a cualquier otra para ubicarse sobre todo lo demás, por tal razón, se trata de un poder supremo que no admite limitaciones externas a su orden normativo, y en el ámbito interior no admite ninguna potestad igual a la suya:

la soberanía es considerada en sí misma inalienable, y es por ello que jamás deja de pertenecer al pueblo, pues a pesar de plasmarse principalmente en el orden jurídico, no se realiza una delegación de poder. Además, dado que la soberanía no puede ser limitada, por ser un poder creador del orden que debe tener en sí todas las facultades necesarias para constituir a una sociedad en Estado, es a los individuos que ejercen el poder político a quienes se imponen limitaciones y controles.²¹⁵

Lo anterior en el entendido de que quienes ejercen el poder no poseen un poder soberano, de ahí que no lo ejercen en su cualidad de poder supremo de autodeterminación o autolimitación, ya que pertenece sólo al pueblo, por lo que el órgano constituyente originario (aquel que creó de inicio la Constitución) no tiene limitaciones al tener la posibilidad de

²¹⁵ *Ibíd.*, p. 13.

conferir cualquier contenido a la Constitución que está creando en su papel de norma fundamental.²¹⁶

4.3 Poder Constituyente

Toda Constitución tiene un origen formal desde el cual se puede empezar a considerar como un documento fundamental que rige la vida de un Estado. También tiene un ente creador, denominado "Poder Constituyente", éste guía la labor de su diseño y redacción. Ahora bien, además de su elaboración, aprobación y sanción, busca su promulgación (conlleva ponerla en vigencia y ordenar su publicación). Sin embargo, no hay que olvidar que, previo al origen formal, tiene uno que se da en el seno de la decisión de las personas que forman parte de ese poder:

la decisión constituyente, enmarcada dentro de aquellas productoras de textos potencialmente normativos, se nos muestra como el nodo decisional primario del ciclo constitucional, resultante del proceso de comunicación que es en sí mismo el proceso constituyente. Es a partir de ella que se opera el proceso de construcción del texto constitucional ordinamental, y

²¹⁶ Cfr. Ídem.

la aparición de los contenidos normativos constitucionales que sirven de marco al ordenamiento.²¹⁷

Ese “nodo decisional” que surge de la voluntad de los integrantes del Poder Constituyente se traduce en un discurso destinado a expresar la manera de organizar política, social y jurídicamente a una sociedad que, eventualmente, será un Estado:

el discurso constituyente es una de las principales formas de expresión del poder constituyente, en tanto potestad y voluntad soberana, primaria y directa del pueblo de dictar la Constitución como texto contentivo de las normas supremas que estructuran la organización política y jurídica de la sociedad, además de garantizar las facultades, prerrogativas y derechos inherentes a los ciudadanos.²¹⁸

Pero no sólo la creación de una Constitución es una actividad que corresponde al Poder Constituyente, ya que también puede modificarla o desaparecerla; por ello, tal poder está referido tanto a la facultad de establecer y modificar la Constitución (en su calidad

²¹⁷ Pita Simón, Vladimir, “La tipología de las normas jurídicas en la Teoría Comunicacional del Derecho y su aplicación al Derecho Constitucional”, 2022, p. 245.

²¹⁸ Pita Simón, Vladimir, “El discurso del ámbito jurídico constitucional desde la perspectiva de la teoría comunicacional del derecho”, 2022, p. 322.

de poder-función) como a quien lo realiza (en su calidad de poder-persona).²¹⁹

Una de las características de este poder es que una vez habiendo concluido su función de crear una Constitución y de realizar lo mencionado, desaparece, debido a esto, se le considera como un órgano temporal que limita (a través de la Constitución que ha creado) las facultades de los órganos que se han formado (constituidos), por lo que éstos últimos derivan del Poder Constituyente:

se trata de un Poder cuya función es establecer las normas fundamentales y una vez concluida su tarea, desaparece. Es temporal y le corresponde distribuir las facultades entre los diferentes órganos del Estado de modo que éstos quedan limitados por el Poder Constituyente. En términos de teoría constitucional se dice que los poderes constituidos derivan del Poder Constituyente; es decir, éste es originario, aquéllos son derivados, y su accionar está limitado por las disposiciones del poder originario.²²⁰

El Poder Constituyente es originario (más adelante será abordado con mayor detalle) y los poderes

²¹⁹ Cfr. Sagües, Néstor Pedro, *Manual de Derecho Constitucional*, 2007, p. 65.

²²⁰ Andrade Sánchez, J. Eduardo, *op. cit.*, p. 14.

constituidos son derivados. Inclusive se le ha considerado²²¹ como el único poder soberano, ya que tiene como función establecer las normas fundamentales, aunque al terminar con dicha actividad desaparece.

4.4 Poder Constituyente según Emmanuel José Sieyés

Sieyés es uno de los autores más prolíficos en cuanto a la teoría constitucional debido a las circunstancias históricas en las que estuvo involucrado y que le permitieron poder desarrollar muchas de sus ideas sobre el Poder Constituyente. Era devoto de las bondades del poder delegado y de la representación como verdaderos instrumentos de la toma de decisiones en común:

la comunidad que decide dar más confianza a sus mandatarios, les otorga poder a efecto de que se reúnan, deliberen y se pongan de acuerdo a fin de que quieran en común y entonces, en vez de simples votos, tienen verdaderos representantes; pero notemos por qué en esta especie de verdades, debe estar siempre presente el espíritu, que la misión dada a los representantes no puede ser nunca

²²¹ Cfr. Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional...*, pp. 23 y 24.

una enajenación. Esta misión es esencialmente libre, constantemente revocable y limitada, según la voluntad de los electores, tanto por el tiempo como por la naturaleza de los asuntos.²²²

Con lo anterior, aunado a la firme convicción de que una asamblea general de representantes es en realidad un órgano legítimo de la voluntad nacional, Sieyés llegaba a la conclusión de que dicha asamblea “tiene el derecho de dar leyes a todo aquello que pertenezca a la nación y que no hay nada que escape a su poder”,²²³ y a partir de esa tesis construye su teoría respecto al Poder Constituyente en tres puntos importantes:

Primero: la nación no puede estar sometida a ninguna Constitución

Esta idea que pudiera parecer contradictoria o absurda en realidad se sustenta en la postura inicial del autor respecto a la representación, ya que en la necesidad de organizar el cuerpo del gobierno y si se quiere que éste exista y que obre, dice, es necesario “añadir el interés que tiene la nación en que el poder delegado no pueda nunca convertirse en

²²² Sieyés, Emmanuel José, *Programa para una revolución*, 1989, p. 48.

²²³ *Ibidem*, pp. 50 y 51.

nocivo para sus comitentes”,²²⁴ es decir, postula la idea de que el representante no debe perjudicar al representado, por lo que existe la necesidad de que el gobierno se someta a reglas que garanticen que su actuar es acorde a las finalidades establecidas, impidiéndole apartarse de ellas:

de ahí arrancan una multitud de precauciones políticas, que van mezcladas a la constitución y que son reglas tan esenciales al gobierno, que sin ellas el ejercicio del poder sería ilegal. Se nota bien la noble necesidad de someter al gobierno a formas ciertas, tanto internas como externas, que garanticen su aptitud respecto al fin para que fue establecido y su impotencia para apartarse de ellas.²²⁵

Con base en lo anterior, Sieyès determina la posición en la que se encuentra una Constitución respecto a la nación en la cual se aplica, y es aquí donde postula que la nación no puede estar sometida a ninguna Constitución:

pero que se nos diga según qué puntos de vista, según qué interés se habría podido dar una Constitución a

²²⁴ Sieyès, Emmanuel José, *¿Qué es el tercer Estado? Seguido del ensayo sobre los privilegios*, 1973, p. 108.

²²⁵ *Ibidem*, pp. 108 y 109.

la nación misma. Ella existe ante todo y es el origen de todo. su voluntad es siempre legal; es la ley misma. Antes de ella, por encima de ella, no hay más que el derecho natural.²²⁶

Por eso, considera que la nación es el punto de partida del gobierno y de la regulación jurídica y constitucional, al considerar que el poder delegado no puede cambiar las condiciones de la delegación, lo cual atiende a ciertas características de la representación:

en cada una de sus partes la Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente. Ninguna clase de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de la delegación. En este sentido, las leyes constitucionales son fundamentales. Las primeras, o sea las que establecen la legislatura, son fundadas por la voluntad nacional, con anterioridad a toda Constitución; forman el primer peldaño de ella. Las segundas deben ser establecidas por una voluntad representativa especial. Así, todas las partes del gobierno se corresponden y dependen en último análisis de la nación.²²⁷

²²⁶ Ídem.

²²⁷ Ídem.

Segundo: el poder de los órganos de gobierno es legitimado al someterse a la Constitución

Cuando ya están instituidos los órganos conforme a la voluntad de la nación, el ejercicio de sus facultades se someterá a las formas constitucionales para legitimar el poder que poseen. Ya que no es posible crear un cuerpo o un órgano para un determinado fin sin otorgarle una organización, lo que también implica formalizarlo por medio de leyes que establezcan sus funciones específicas, lo cual, de acuerdo con Sieyés, se llama “constitución”, y es evidente que dicho cuerpo no puede existir sin tal constitución:

es imposible crear un cuerpo para un fin sin darle una organización, formas y leyes apropiadas para llenar aquellas funciones a las cuales se le ha querido destinar. Eso es lo que se llama la constitución de este cuerpo. Es evidente que no puede existir sin ella. Lo es también que todo gobierno comisionado debe tener su constitución, y lo que es verdad para el gobierno en general lo es también para todas las partes que le componen. Así, el cuerpo de representantes, a quien es confiado el poder legislativo o el ejercicio de la voluntad común, no existe más que con la manera de ser que la nación ha querido darle. Él no es nada sin las formas constitutivas. No se obra ni se dirige ni se manda más que mediante ellas.²²⁸

²²⁸ Ídem.

Ahí radica la importancia de la Constitución como formadora y estructuradora de los órganos de gobierno que conforman al Estado, el cual, a su vez, se tiene que valer de ellos para que puede ejercer un poder real:

el gobierno no ejerce un poder real más que en tanto es constitucional; sólo es legal cuando es fiel a las leyes que le han sido impuestas. La voluntad nacional, por el contrario, no tiene necesidad más que de su realidad para ser siempre legal, porque es el origen de toda legalidad.²²⁹

Es por lo que Sieyès considera que la nación no está, no puede ni tampoco debe estar sometida a una Constitución.²³⁰

Tercero: una nación soberana puede cambiar su Constitución

Si la nación es soberana, entonces puede cambiar su Constitución, en virtud de que el ejercicio del Poder Constituyente que le corresponde y que se deriva de esa calidad de soberana no puede ni debe estar sujeto a ningún otro poder previo:

²²⁹ *Ibidem*, p. 110.

²³⁰ Cfr. *Ídem*.

¿se dirá que una nación puede, por un primer acto de su voluntad, independiente de toda fórmula, comprometerse a no querer para el porvenir más que una manera de ser determinada? En primer lugar, una nación no puede ni enajenar ni prohibirse el derecho de querer y, cualquiera que sea su voluntad, no puede perder el derecho a cambiarla desde el momento en que su interés así lo exija.²³¹

También la nación ejerce su voluntad (tal como una persona moral), de manera libre e independiente de las formas civiles, ya que esa su voluntad existe, dice Sieyés, solamente en el orden natural, y para surtir todo su efecto:

no tiene necesidad más que de presentar las características naturales de una voluntad. No importa la forma en que una nación quiera; basta que quiera. Todas las formas son buenas y su voluntad es siempre la suprema ley. Puesto que para imaginar una sociedad legítima hemos supuesto en las voluntades individuales, puramente naturales, la potencia moral capaz de formar una asociación.²³²

²³¹ Ídem.

²³² *Ibidem*, pp. 110 y 111.

Ante tales características y circunstancias del fundamento natural de la voluntad nacional, el autor se pregunta y se responde:

¿cómo nos negaremos a reconocer una fuerza parecida en una voluntad común, igualmente natural? Una nación no sale jamás del estado de naturaleza y, en medio de tantos peligros, no tiene jamás un exceso de todas las maneras posibles de expresar su voluntad.²³³

Con todo esto la gran conclusión es que la nación goza de independencia bajo diferentes circunstancias siendo suficiente la aparición de su voluntad para que todo derecho positivo pierda aplicación: “una nación es independiente de toda forma y, de cualquier modo que quiera, basta que su voluntad aparezca para que todo derecho positivo cese ante ella, que es la fuente y dueño supremo de todo derecho positivo”.²³⁴

4.5 Poder Constituyente según Carl Schmitt

Para Carl Schmitt el Poder Constituyente es:

²³³ Ídem.

²³⁴ Ídem.

la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo.²³⁵

Sostiene que de las decisiones producidas por esa voluntad se deriva la validez de toda normación posterior legal o constitucional. Se trata de la voluntad política que, al ser manifestada para crear una Constitución, lo hace mediante determinada autoridad (ello en caso de aceptación o de legitimación de su actuación) o mediante la fuerza (en caso de que no haya aceptación ni legitimación y sea necesario imponer tal voluntad aún en contra de la voluntad de los demás), y le da forma a las voluntades políticas futuras que van a darle significado y existencia a la política, elementos del Estado incluidos.

En este aspecto el autor sustenta cuatro puntos:

- *Primero.* Una Constitución se apoya en una decisión política que surge de un “ser” político y que se relaciona en modo y forma del propio “ser”; la voluntad evidencia lo esencialmente existencial de este fundamento de validez.

²³⁵ Schmitt, Carl, *op. cit.*, pp. 93 y 94.

- *Segundo.* Una Ley Constitucional es “la norma-
ción que lleva a la práctica la voluntad consti-
tuyente”.
- *Tercero.* La emisión de una Constitución no
puede agotar, absorber ni consumir el Poder
Constituyente, ya que: “la decisión política im-
plicada en la Constitución no puede reobrar
contra su sujeto, ni destruir su existencia po-
lítica. Al lado y por encima de la Constitución,
sigue subsistiendo esa voluntad”.
- *Cuarto.* El Poder Constituyente es unitario e
indivisible, no se trata de otro poder que se
coordina con otros poderes distintos (a la ma-
nera del ejecutivo, legislativo y judicial), sino
que “es la base que abarca todos los otros ‘po-
deres’ y ‘divisiones de poderes’”.²³⁶

4.6 Poder Constituyente originario y permanente: atribuciones y limitaciones

El origen fáctico de una Constitución es un órgano o reunión de varias personas que juntan sus criterios para establecer los fundamentos políticos mínimos de un Estado. A ese grupo de personas se le denomina Poder Constituyente. Tal poder tiene dos vertientes: el originario; es el que da inicio al documento

²³⁶ *Ibidem*, pp. 94 y 95.

constitucional, y el permanente; aquel que en todo momento (dentro de la vigencia de la Constitución) puede realizarle modificaciones. Ambos son dos órganos diferentes, con atribuciones y alcances variados debido a sus limitaciones específicas que los distinguen de los poderes constituidos (ejecutivo, legislativo y judicial):

cronológicamente el constituyente precede a los poderes constituidos; cuando aquél ha elaborado su obra, formulando y emitiendo la Constitución, desaparece del escenario jurídico del Estado, para ser sustituido por los órganos creados. Desde el punto de vista de las funciones, la diferencia también es neta: el poder constituyente no gobierna, sino sólo expide la ley en virtud de la cual gobiernan los poderes constituidos; éstos, a su vez, no hacen otra cosa que gobernar en los términos y límites señalados por la ley emanada del constituyente, sin que puedan en su carácter de poderes constituidos alterar en forma alguna la ley que los creó y los dotó de competencia.²³⁷

En virtud de que el Poder Constituyente originario es cronológicamente anterior, no está sujeto a ninguna regulación ni restricción, sino sólo a las decisiones que tomen sus integrantes. De ahí también se deriva la supremacía de ese poder, por lo tanto, determina

²³⁷ Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, p. 13.

a los otros poderes que crea, es decir, a los poderes constituidos; en contraste, es un poder efímero y transitorio que sólo cumple con sus funciones y desaparece una vez que han sido creados los poderes constituidos (órganos creados). La consecuencia de que desaparezca una vez cumplida su labor es que no le es posible gobernar, ya que no le da tiempo ni está en sus atribuciones, lo cual es una característica muy clara en cuanto a sus funciones. En México es un órgano que funcionó en los años 1916 a 1917.

Por otro lado, los poderes constituidos sí gobiernan (es su finalidad específica), pero lo hacen bajo los parámetros señalados por el Poder Constituyente originario o de la legislación emanada de los mismos, sin que sea posible que tales parámetros sean modificados por los órganos constituidos debido a que sería contradictorio que el órgano creado pudiera modificar las reglas emitidas por el órgano que lo creó:

en nuestro régimen, el pueblo hizo uso de su soberanía por medio de sus representantes reunidos en una asamblea especial, cuya obra fue la Constitución, la cual viene a ser de este modo expresión de la soberanía. Una vez que llenó su cometido, dicha asamblea desapareció y al extinguirse pudo entenderse que se había agotado el ejercicio de la soberanía. En su lugar aparecieron la Constitución, como exteriorización

concreta de la soberanía, y los Poderes por ella organizados, los cuales no son ya soberanos, pues sus facultades están enumeradas y restringidas.²³⁸

Una característica del Poder Constituyente originario es que posee la verdadera soberanía y la ejerce. Como limitación está el hecho de que únicamente otorga facultades que nunca podrá ejercitar, puesto que cumple su función de establecer dichas atribuciones a otros órganos y enseguida desaparece:

la separación en el tiempo del Poder Constituyente, autor de la Constitución, y de los Poderes constituidos, obra y emanación de aquél, no presenta dificultad; en el momento en que la vida del primero se extingue, por haber cumplido su misión, comienza la de los segundos. La diferenciación teórica tampoco es difícil de entender: el Poder Constituyente únicamente otorga facultades, pero nunca las ejercita, al contrario de los Poderes constituidos, que ejercitan las facultades recibidas del constituyente, sin otorgárselas nunca a sí mismos.²³⁹

Por otro lado, el Poder Constituyente permanente goza de características distintas, aunque su función sigue siendo constituyente, esto es, formar a la

²³⁸ *Ibidem*, p. 45.

²³⁹ *Ídem*.

Constitución, no desde el inicio, sino reformar y adecuar a las necesidades cambiantes de la sociedad:

su función es, pues, función constituyente. Y como, por otra parte, se trata de un órgano que sobrevive al autor de la Constitución, cuya vida se extinguió con su tarea, consideramos que merece por todo ello el nombre de Poder Constituyente Permanente.²⁴⁰

De modo que, es un órgano revisor de la Constitución que goza de superioridad respecto a los órganos constituidos y de continuidad respecto al Poder Constituyente originario, pero que tiene como limitante que se debe circunscribir en sus disposiciones al ámbito espacial de su territorio: "La expresión se ha utilizado, sobre todo en México [...] para designar la potestad revisora y modificadora de la Constitución, entendida ésta como ley suprema y pináculo del sistema de fuentes legislativas".²⁴¹

Por tal razón, es un poder que goza de la facultad de revisión, modificación y adecuación de los preceptos fundamentales vaciados en la propia Constitución.

En México, el artículo 135, primer párrafo, de la Constitución Política, prevé como requisito para que las

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 46.

²⁴¹ Estrada Michel, Rafael, "Constituyente permanente", 2014, p. 205.

adiciones o reformas lleguen a ser parte de la Constitución, que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes, acuerden las reformas o adiciones y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México, lo que conforma al Poder Constituyente permanente mexicano.

Capítulo 5.

La reforma de los principios fundamentales de la Constitución

La principal atribución del Poder Constituyente permanente es la reforma de la Constitución, ya sea que agreguen, modifiquen o sustraigan preceptos o normas jurídicas. Sin embargo, existen algunas consideraciones que deben tomarse en cuenta para el adecuado ejercicio de esa atribución, las cuales dan las razones por las que se puede o no realizar la reforma a los preceptos constitucionales; una de ellas son los principios fundamentales que se encuentran plasmados en la Constitución. Para determinar la viabilidad de que la Constitución sea reformada, es necesario abordar la idea de supremacía, lo cual dará pauta para analizar los conceptos de norma fundamental y norma básica, necesarios para establecer la posibilidad o factibilidad, tanto jurídica como material, de que la Constitución y sus principios fundamentales sean reformados.

5.1 Supremacía de la Constitución

Ya se ha mencionado que la Constitución, entre muchas otras características, es suprema, ello implica una superioridad de sus efectos tanto al interior como al exterior de un Estado y que le da la posibilidad de ser considerado también como Estado independiente. Partiendo de los conceptos de Poder Constituyente y poderes constituidos, la supremacía de la Constitución presupone que el Poder Constituyente tiene funciones distintas a las que tienen los poderes constituidos:

la supremacía de la Constitución presupone [...]: el poder constituyente es distinto de los poderes constituidos [...]. En efecto, si como hemos visto, los órganos de poder reciben su investidura y sus facultades de una fuente superior a ellos mismos, como es la Constitución, eso quiere decir que el autor de la Constitución debe de ser distinto y estar por encima de la voluntad particular de los órganos.²⁴²

El autor de la Constitución (Poder Constituyente) es distinto y jerárquicamente superior a los órganos que crea y a la voluntad particular de tales órganos. De ahí surge la supremacía e independencia de la Constitución y del órgano supremo que la crea. Respecto

²⁴² Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, p. 12.

a la independencia, ésta se verifica en cuanto a las relaciones exteriores que un Estado desarrolla respecto a los demás:

esas dos nociones [...] engendran las dos características del poder soberano: es independiente y es supremo. La independencia mira principalmente a las relaciones internacionales; desde este punto de vista, el poder soberano de un Estado existe sobre bases de igualdad con relación a los demás estados soberanos. En la medida en que un Estado se halla subordinado a otro, su soberanía se amengua o desvanece. La independencia es, pues, cualidad de la soberanía exterior.²⁴³

Por otro lado, la noción de supremacía es un concepto aplicable al interior del Estado:

se refiere exclusivamente a la soberanía interior, por cuanto a que la potestad del Estado se ejerce sobre los individuos y las colectividades que están dentro de la órbita del Estado. La soberanía interior es [...] un superlativo, mientras que la soberanía exterior es un comparativo de igualdad.²⁴⁴

²⁴³ *Ibidem*, p. 6.

²⁴⁴ *Idem*.

En México, el artículo 133 de la Constitución establece el parámetro de su propia supremacía, de las leyes federales y de los tratados internacionales:

esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.²⁴⁵

Además, se establece un mandato acorde con la supremacía mencionada: que los jueces de las entidades federativas deberán obedecer a la Constitución, leyes y tratados aunque haya disposiciones en contrario, ya sean constitucionales o legales, de sus entidades. Lo anterior es congruente con esa cualidad de supremacía que deben tener las constituciones, al ser preferentemente aplicable antes que cualquier otra norma jurídica.

²⁴⁵ Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La expresión “supremacía constitucional” hace referencia a una cualidad fundamental que debe poseer cualquier Constitución política que pretenda regir el orden jurídico de un país: la superioridad de ésta respecto a otras normas jurídicas. Este rasgo cualitativo es inherente a todo texto constitucional, ya que el hecho de que sea suprema es precisamente lo que la hace ser una Constitución verdadera.²⁴⁶

De acuerdo con el texto citado, la supremacía es un rasgo esencial de la Constitución y sin ella no es posible considerar como constitucional a un documento rector de la vida política, jurídica y social de un Estado; tal vez por ello se llega, incluso, al extremo de considerar el concepto de “supremacía” como un principio fundamental: “otra de las acepciones de la ‘supremacía constitucional’, es la de ser conceptualizada como un principio fundamental, pues es la base, origen y razón de existencia para cualquier Estado”.²⁴⁷ Tal principio de supremacía debe ser considerado como básico en todo sistema jurídico:

descansa en la idea de que por representar la Constitución la unidad del sistema normativo y estar situada en el punto más elevado de éste, contiene las

²⁴⁶ Rodríguez, Marcos Francisco del Rosario, “Supremacía constitucional”, 2014, p. 1198.

²⁴⁷ Ídem.

normas primarias que deben regir para todos dentro de un país, sean gobernantes o gobernados.²⁴⁸

Tales normas primarias son consideradas como la fuente de validez de las demás, mismas que se han llamado secundarias.

El principio de supremacía debe estar unido al de inviolabilidad, el cual tiene su fundamento en los conceptos de Poder Constituyente y de legitimidad, ya que “toda ley fundamental para expedirse válidamente requiere provenir de la voluntad popular para ser legítima y para sustituirla se requiere la misma vía”.²⁴⁹ De tal manera, la supremacía y la inviolabilidad de la Constitución son conceptos que se complementan uno al otro, pero también al de Poder Constituyente, fundamentalidad y legitimidad:

se afirma que la Constitución es “inviolable” porque sólo puede ser quebrantada, desconocida o reemplazada mediante el ejercicio de dicho poder, cuyo titular es el pueblo, toda vez que no es sino el aspecto teleológico de su soberanía. “Inviolabilidad”, por ende, significa la imposibilidad jurídica de que la Constitución sea desconocida, cambiada o sustituida por fuerzas que no emanen del poder

²⁴⁸ Fix-Zamudio, Héctor, *Derecho constitucional...*, p. 68.

²⁴⁹ *Ibídem*, p. 69.

constituyente o por grupos o personas que no expresen la voluntad mayoritaria del pueblo. Esta imposibilidad se basa en la fundamentalidad y supremacía del ordenamiento constitucional.²⁵⁰

El concepto de inviolabilidad debe considerarse no como una imposibilidad de hecho sino de derecho, lo que significa, que no hay mecanismos aceptados jurídicamente o regulados legalmente (ni constitucionalmente) que permitan o avalen un cambio o desconocimiento en el texto constitucional que no provenga del Poder Constituyente permanente y, por ende, de la voluntad soberana del pueblo representada en ese Poder, esto hace alusión al aspecto fundamental de las normas constitucionales y a la legitimidad en las decisiones tomadas por los órganos públicos.

5.2 Concepto de norma fundamental

Otro de los conceptos importantes para el tema de la reforma a los principios fundamentales de la Constitución es el de norma fundamental, el cual es congruente con la supremacía de la Constitución, su inviolabilidad y fundamentalidad. Al respecto, debe considerarse que las normas constitucionales, entre

²⁵⁰ Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 2010, p. 387.

otras, determinan la organización y funcionamiento de los distintos órganos de gobierno, y las leyes (o normas) que cumplen tal función son fundamentales en virtud de que no pueden ser violadas:

las leyes constitucionales, que se dividen en dos partes: las unas regulan la organización y las funciones del cuerpo legislativo; las otras determinan la organización y las funciones de los diferentes cuerpos activos. Estas leyes son llamadas fundamentales, no en el sentido de que pueden llegar a ser independientes de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen y obran gracias a ellas no pueden tocarlas ni violarlas.²⁵¹

A la Constitución también se le llama “ley fundamental” de un Estado, expresión derivada de su cualidad de fundamental y suprema, lo anterior implica que es la base sobre la que se soporta o en la que se apoya la estructura jurídica estatal, es decir, se trata de un ordenamiento básico, ello significa que la Constitución es una ley primaria:

la fundamentalidad denota una cualidad de la Constitución jurídico-positiva que, lógicamente, hace que ésta se califique como “Ley fundamental del Estado”. Entraña, por ende, que dicha Constitución sea

²⁵¹ Sieyés, Emmanuel José, *¿Qué es el tercer...?*, pp. 108 y 109.

el ordenamiento básico de toda la estructura jurídica estatal, es decir, el cimiento sobre el que se asienta el sistema normativo de derecho en su integridad. Consiguientemente, el concepto de fundamentalidad equivale al de primariedad, o sea, que si la Constitución es la "Ley Fundamental", al mismo tiempo es la "Ley Primaria".²⁵²

Por lo anterior, el ordenamiento constitucional es el que expresa las decisiones fundamentales y es, simultáneamente, la fuente que crea a los órganos del Estado, que establece su demarcación y su competencia, así como la regulación básica para los individuos que ejercen el poder público.²⁵³ Asimismo, el aspecto fundamental de la Constitución "significa también que ésta es la fuente de validez formal, de todas las normas secundarias que componen el derecho positivo, así como la 'superlegalidad' de sus disposiciones preceptivas".²⁵⁴ Por ello, se considera que la Constitución y sus normas es, formalmente, una fundamentalidad que da pauta a la norma fundadora del Estado y su sistema jurídico que le da validez.²⁵⁵

²⁵² Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, p. 358.

²⁵³ Cfr. Ídem.

²⁵⁴ Ídem.

²⁵⁵ Ídem.

Supremacía y fundamentalidad de la Constitución son dos conceptos (y características) que se complementan y se implican, ya que no se puede hablar de una sin considerar a la otra y viceversa; así, si la Constitución es la ley fundamental, entonces también es la ley suprema de un Estado:

fundamentalidad y supremacía, por ende, son dos conceptos inseparables que denotan dos cualidades concurrentes en toda constitución jurídico-positiva, o sea, que ésta es suprema por ser fundamental y es fundamental porque es suprema. En efecto, si la Constitución no estuviese investida de supremacía, dejaría de ser el fundamento de la estructura jurídica del Estado ante la posibilidad de que las normas secundarias pudiesen contrariarla sin carecer de validez formal.²⁵⁶

Asimismo, se ha considerado la singular importancia que todas aquellas leyes o disposiciones tienen para los políticos o grupos políticos: “en un sentido general, no preciso, se llaman ‘leyes fundamentales’ todas las leyes o disposiciones que parecen de singular importancia política a las personas o grupos políticamente influyentes en un momento dado”.²⁵⁷

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 359.

²⁵⁷ Schmitt, Carl, *op. cit.*, pp. 63 y 64.

El concepto de “ley fundamental” incluye las siguientes características:

- a) Es una norma absolutamente inviolable que no puede ser reformada ni quebrantada.
- b) Es toda norma relativamente invulnerable que sólo puede ser reformada o quebrantada bajo supuestos dificultados.
- c) Es el último principio unitario de la unidad política y de la ordenación de conjunto.
- d) Es cualquier principio particular de la organización estatal (como los derechos fundamentales, el principio de división de poderes, el principio de representación, etcétera).
- e) Es la norma última para un sistema de imputaciones normativas.
- f) Es toda regulación de competencia para los órganos de Estado y para el procedimiento de las actividades estatales.
- g) Es la delimitación de los derechos de una federación respecto a sus estados miembros.
- h) Por ende, es toda limitación normada de las facultades o actividades estatales.
- i) Es, en un sentido positivo, una decisión política y no una normación legal.²⁵⁸

²⁵⁸ Cfr. Ídem.

Ahora bien, la pregunta acerca de qué son las normas de derecho fundamental (también llamadas *iusfundamentales*), puede plantearse desde los puntos de vista abstracto (si queremos saber los criterios para considerarla como fundamental) y concreto (si queremos saber cuáles normas lo son):

ahora hay que preguntar qué son normas de derecho fundamental o *iusfundamentales*. Esta pregunta puede ser planteada abstracta o concretamente. Es planteada abstractamente cuando se pregunta sobre la base de cuáles criterios una norma, independientemente de su pertenencia a un determinado orden jurídico o Constitución, puede ser identificada como norma de derecho fundamental. Es planteada concretamente cuando se pregunta cuáles normas de un determinado orden jurídico o de una determinada Constitución son normas de derecho fundamental y cuáles no.²⁵⁹

De acuerdo con el autor, una respuesta simple a lo anterior, es que las normas de derecho fundamental son aquellas expresadas en disposiciones *iusfundamentales*, las cuales a su vez son enunciados contenidos en el texto de la ley fundamental, sin embargo, tal respuesta presenta dos problemas:

²⁵⁹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2002, p. 62.

el primero consiste en que, como no todos los enunciados de la Ley Fundamental expresan normas de derecho fundamental, presupone un criterio que permita clasificar los enunciados de la Ley Fundamental en aquellos que expresan normas de derecho fundamental y aquellos que no. El segundo problema puede formularse con la pregunta acerca de si a las normas de derecho fundamental de la Ley Fundamental realmente pertenecen sólo aquellas que son expresadas directamente por enunciados de la Ley Fundamental.²⁶⁰

El Poder Constituyente originario (y en ocasiones el permanente) no aplicó una adecuada técnica de creación de la norma fundamental y vació en ella aspectos que bien podrían estar incluidos en normas secundarias o, incluso, reglamentos, entonces no se puede aplicar el criterio de que es aquella que está expresada en la ley fundamental o, viceversa, no se puede asegurar que una ley es fundamental porque contiene normas de derecho fundamental, probablemente no todas sean así. Por ello, hay quien ha considerado que la subjetividad del concepto “fundamental” es uno de los primeros obstáculos para determinar lo que son las normas fundamentales:

²⁶⁰ *Ibidem*, pp. 62 y 63.

en el campo de la teoría general del derecho, el término “Constitución” es generalmente usado para designar el conjunto de las normas “fundamentales” que identifican o caracterizan cualquier ordenamiento jurídico. La cuestión de cuáles normas deben ser consideradas como fundamentales es cosa obviamente opinable, desde el momento que ‘fundamental’ no denota una propiedad empírica (calificar alguna cosa como ‘fundamental’ es, en última instancia, un juicio de valor).²⁶¹

Las normas fundamentales pueden ser las siguientes:

- a) Las que disciplinan la organización del Estado y el ejercicio del poder estatal, es decir, los órganos que ejercen los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.
- b) Las que disciplinan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos.
- c) Las que disciplinan la función legislativa, específicamente al proceso de creación, modificación y supresión de las normas, así como el órgano facultado para ello.
- d) Las que expresan los valores y principios que informan todo el sistema jurídico.²⁶²

²⁶¹ Guastini, Riccardo, “Sobre el concepto de Constitución”, 2005, pp. 95 y 96.

²⁶² Cfr. Ídem.

Específicamente:

puede convenirse en que son normas fundamentales de cualquier ordenamiento: a) las que determinan la llamada "forma de Estado"; b) las que determinan la "forma de gobierno", y c) las que disciplinan la producción normativa.²⁶³

Como corolario se tiene el concepto de validez que está inmerso en toda Constitución, ya que tal documento es el que otorga el fundamento de actuación de los órganos estatales, así como de su formación, lo que implica el respeto a las reglas de fondo y forma instauradas por el Poder Constituyente originario. Asimismo, es el contenido de la norma fundamental, y el fundamento que le da validez a la Constitución está en la voluntad del primer constituyente:

si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de

²⁶³ Ídem.

un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado.²⁶⁴

La idea de la voluntad del primer constituyente con carácter normativo es un concepto hipotético que otorga validez a la actuación de las autoridades, las cuales reciben sus atribuciones precisamente de esa voluntad del constituyente primigenio:

todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos; tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal.²⁶⁵

5.3 Concepto de norma básica

A partir del concepto hipotético que otorga validez a la actuación de las autoridades se ha diseñado el concepto de "norma básica", ésta es primigenia en un sistema jurídico y no es promulgada, sino

²⁶⁴ Kelsen, Hans, *La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, 1941, p. 138.

²⁶⁵ Ídem.

presupuesta, tampoco es constituida sino preconstituida; de ahí su carácter hipotético:

el curso dinámico del derecho se origina en la norma básica, primera y soberana de todo el sistema, que no es promulgada sino presupuesta; no es constituida sino preconstituida. Para la teoría jurídica kelseniana, las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos, los cuales son a su vez determinados por otras normas de la misma índole.²⁶⁶

Si las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos, entonces, para describirlas, es necesario que se realice un ejercicio de razonamiento jurídico en el que se puedan verificar las proposiciones de derecho mediante la experiencia, esto las hace susceptibles de ser verdaderas o falsas:

para describirlas, la ciencia jurídica debe formular proposiciones verificables empíricamente y susceptibles de ser verdaderas o falsas; el derecho positivo, objeto de esta disciplina, es una realidad específica distinta de la natural por su significación normativa fundada sobre la norma fundamental supuesta.²⁶⁷

²⁶⁶ Piccato Rodríguez, Antonio Octavio, *op. cit.*, p. 146.

²⁶⁷ Ídem.

Ahora bien, dependiendo de la naturaleza que pueda asumir la norma básica, Kelsen divide los sistemas normativos en estáticos y dinámicos. En los estáticos:

la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Se trata de las normas morales autoevidentes supuestamente producidas por la razón práctica.²⁶⁸

Normas morales autoevidentes producidas por la razón práctica, es decir, normas que no tienen (porque no lo necesitan) un fundamento en otra norma o en una situación de la realidad que proporcione información sobre cómo debe ser regulado tal o cual supuesto, sino que tienen su fundamento en el producto de la razón que en su esencia contienen la evidencia necesaria para sustentarse a sí mismas, después puede y debe ser aplicada a la realidad. Por otro lado, respecto al sistema dinámico, sus normas deben ser creadas de manera muy diferente, ya que debe intervenir la voluntad de quienes están autorizados por otra norma de mayor jerarquía para crearlas:

²⁶⁸ *Idem.*

las normas de un sistema dinámico tienen que ser creadas mediante actos de voluntad por aquellos individuos autorizados al efecto por una norma de grado más alto. Semejante autorización implica una delegación. La facultad de crear normas es delegada por una autoridad en otra autoridad; aquella es la más alta, ésta es la inferior, la norma básica de un sistema dinámico es la regla fundamental de acuerdo con la cual han de ser creadas las demás normas del sistema. Una norma forma parte de un sistema dinámico si ha sido creada en la forma establecida en último término por la norma básica.²⁶⁹

Por ello, la norma básica en un sistema dinámico es la regla que crea los lineamientos y parámetros bajo los cuales deben ser creadas el resto de las normas. En caso de que una no haya sido creada bajo tales lineamientos, entonces no pertenece al sistema jurídico (dinámico) dentro del cual se encuentra inmersa. Por ello, afirma Kelsen: "la norma fundamental de un orden estático es necesariamente evidente por sí misma, mientras que, en el caso de un orden dinámico, la norma básica establecerá el hecho productor de normas".²⁷⁰

²⁶⁹ Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, 1949, pp. 132 y 133.

²⁷⁰ Piccato Rodríguez, Antonio Octavio, *op. cit.*, pp. 148 y 149.

En síntesis, el autor asevera que la norma básica es aquella que instaura el hecho fundante de la producción del derecho:

en última instancia, sintetiza Kelsen, [...] la norma fundante básica es la instauración del hecho fundante de la producción de derecho, y puede designársele como constitución en sentido lógico-jurídico, para diferenciarla de la constitución en sentido jurídico-positivo; sintéticamente, es el punto de partida de un proceso: el proceso de la producción del derecho positivo.²⁷¹

Para diferenciar la Constitución en sentido positivo, se hace uso del concepto de norma básica, el cual refiere a ese hecho fundante de la producción del derecho, que es autoevidente e hipotético, visto de otra forma, lógico-jurídico, ya que surge de la razón práctica y no de hechos, eventos o costumbres de la realidad; finalmente, la norma básica es, por consecuencia, el punto de partida del proceso de producción del derecho positivo, esto es, la Constitución en sentido jurídico-positivo.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 150.

5.4 Reforma a la Constitución

En una de las definiciones del diccionario de la lengua, el vocablo “reforma” significa aquello que se propone, se proyecta o se ejecuta como innovación o mejora en algo,²⁷² mientras que “reformular” admite las siguientes: volver a formar, rehacer, modificar algo (por lo general con la intención de mejorarlo), enmendar, corregir la conducta de alguien.²⁷³

Las constituciones admiten la modificación de su texto en mayor o menor medida, dependiendo de su rigidez o flexibilidad. En el caso de las constituciones rígidas, el procedimiento para su ajuste está atribuido a un órgano específico lo que hace que el cambio sea difícil; por el contrario, en el caso de constituciones flexibles, el procedimiento puede ser el mismo que se utiliza para la modificación a la ley secundaria, lo cual lo hace mucho más sencillo. Esas son dos posturas que representan los extremos en la posibilidad de reforma, sin embargo, no deben considerarse absolutas, pues existen diferentes grados de complejidad.

²⁷² Cfr. Real Academia Española, *op. cit.*

²⁷³ Cfr. *Ibidem.*

Ahora bien, la propia Constitución fija el procedimiento para la reforma a su propio texto, por lo que el poder de reformarla es derivado y no originario:

la reforma constitucional consiste en la modificación del texto de una Constitución conforme al procedimiento que esta fija para tal efecto: por lo tanto, al estar regulado por la Constitución misma, el poder de reforma es un poder derivado y no originario o, si se prefiere, constituido. El fundamento de este concepto reside en el carácter rígido de las cartas fundamentales modernas, en contraposición a las cartas flexibles que podían ser alteradas con la aprobación de una ley ordinaria. La existencia de un procedimiento determinado por el poder constituyente para la modificación del texto, representa al mismo tiempo una señal de la supremacía de la Constitución respecto de las otras fuentes del derecho, y una garantía de estabilidad (aunque no de eternidad) cuya efectividad varía conforme a la mayor o menor complejidad del mismo.²⁷⁴

Como ya se vio en apartados anteriores, la supremacía de la Constitución también tiene relación con su procedimiento de reforma, de tal manera que, si tal procedimiento se encuentra establecido en la Constitución que se pretenda reformar, es, por tanto, una manifestación del Poder Constituyente originario

²⁷⁴ Ragone, Sabrina, "Reforma constitucional (general)", 2014, p. 1111.

que supone la supremacía constitucional. Ahora bien, hay una distinción entre las reformas explícitas (las cuales pueden modificar el texto original o dejarlo intacto y solamente enmendarlo) de aquellas que son implícitas (que modifican el sentido del texto constitucional sin modificarlo):

desde el punto de vista estructural, existe una primera dicotomía básica entre aquellas reformas que afectan directamente al texto y las enmiendas que dejan intacto el texto originario, el cual mantiene así su identidad originaria, y añaden al final, de forma progresiva, los aspectos nuevos (como las veintisiete enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América). Sin embargo, en ambos casos se trata de reformas explícitas que tienen que distinguirse de las tácitas o implícitas. Estas últimas pueden ser el resultado de múltiples fenómenos: por ejemplo, de la labor interpretativa de los tribunales constitucionales, de la implementación normativa de un precepto constitucional o incluso de la praxis.²⁷⁵

Lo anterior da la pauta para continuar con el tema de la reformabilidad de la Constitución, referido a la posibilidad de que sea reformada, ya sea con base en las atribuciones expresamente otorgadas por la propia Constitución (o por el Poder Constituyente

²⁷⁵ Ídem.

originario) o por la praxis que de su interpretación se haga, pero siempre considerando la existencia de validez en cuanto a dichas reformas.

5.5 Reformabilidad de la Constitución

A pesar de que la palabra “reformabilidad” no está en el diccionario de la lengua,²⁷⁶ el vocablo se refiere a algo que puede ser reformado, por lo que la “reformabilidad de la Constitución” es la posibilidad de volver a formar, modificar, enmendar o corregir el contenido del documento fundamental de un Estado para innovarlo o mejorarlo. En efecto, la Constitución, es redactada por un Poder Constituyente llamado originario y en ella se incluyen los poderes constituidos en tanto el originario desaparece, pero antes de desaparecer deja determinado en el documento que creó, la posibilidad de que dicho documento sea modificado (tal vez por la razonable posibilidad de que la sociedad destinataria de las normas jurídicas contenidas cambie y estas últimas de igual modo deban hacerlo), por lo que incluye también en el texto constitucional un órgano que sea el encargado de esa actividad, que solamente se erija cuando sea necesario, llamado Poder Constituyente permanente;

²⁷⁶ Cfr. Real Academia Española, *op. cit.*

de ahí la distinción entre la reforma constitucional en sentido formal y en sentido material:

el concepto de reforma constitucional tiene un significado formal y material. En sentido formal se entiende bajo dicha denominación la técnica por medio de la cual se modifica el texto, tal como existe en el momento de realizar el cambio de la constitución. En este es —o, por lo menos, debe de serlo cada vez— modificación del texto constitucional. En la mayor parte de las constituciones las disposiciones a este respecto se encuentran al final del documento. La reforma constitucional en sentido material, por otra parte, es el resultado del procedimiento de enmienda constitucional, esto es, el objeto al que dicho procedimiento se refiere o se ha referido. En el proceso de reforma constitucional participan de una forma determinada los detentadores del poder previstos por la constitución misma para este caso.²⁷⁷

Esa posibilidad de reformar la Constitución alude a ciertos aspectos relacionados con el deber ser de las modificaciones, lo que a su vez conduce a la cuestión acerca de cuáles son los preceptos que se permite sean modificados y cuáles no lo son, lo cual lleva al concepto de preceptos inmodificables. Al respecto, la doctrina ha considerado que dentro de ese género de

²⁷⁷ Loewenstein, Karl, *op. cit.*, pp. 164 y 165.

reglas constitucionales no modificables se encuentran los principios constitucionales:

los límites a la modificabilidad de la Constitución remiten a la necesidad de precisar cuáles son los principios constitucionales inmodificables, la parte fija de la Constitución (llamada algunas veces la superconstitución, es decir, la Constitución en su parte esencial) cuya modificación, aunque efectuada según el procedimiento de revisión constitucional, comportaría un acontecimiento extraordinario, anticonstitucional en el sentido fuerte de enemigo de la Constitución.²⁷⁸

En la posibilidad de reformar la Constitución no deben olvidarse ciertos elementos importantes: su validez, su legalidad, su congruencia y su conformidad con las normas jurídicas autorizadas (que generalmente son las que el Poder Constituyente permanente instituyó de origen en la propia Constitución). Ello se manifiesta de manera expresa con las normas que no pueden ser modificadas o, por el otro lado, puede no estar así expresado, pero tácitamente entendido en virtud del tipo de normas que no pueden modificarse (que en este caso son principios constitucionales). Por tanto, las reglas constitucionales que

²⁷⁸ Zagrebelsky, Gustavo, "La Constitución y sus normas", 2005, pp. 73 y 74.

prohíben la modificación de otras reglas constitucionales expresan la reformabilidad:

se trata de un problema de derecho positivo: hay que establecer qué es lo que la Constitución prohíbe de manera absoluta. No es un problema político, en el sentido de que haya que discutir sobre qué modificaciones serían o no compatibles con la orientación política-espiritual o política-material de la Constitución en su forma inicial. Se trata, pues, de un problema de validez-legalidad y no de legitimidad de las normas de revisión.²⁷⁹

En virtud de eso, existen mecanismos de control que tienen como finalidad (entre otras) verificar que las modificaciones al texto constitucional gocen de la validez mencionada:

El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales [...] consiste en la valoración de la legalidad —constitucional— de aquellos instrumentos normativos que aportan una modificación a las cartas fundamentales. Representa una función específica que los tribunales constitucionales o supremos a veces tienen y ejercen por expresa voluntad del

²⁷⁹ *Idem.*

Constituyente, y otras veces reclaman en ausencia de atribución explícita.²⁸⁰

5.6 Reformas generales a la Constitución

La doctrina²⁸¹ distingue cuatro tipos de constituciones:

- a) Las que expresamente excluyen su modificación o reforma.
- b) Las que no disponen nada en torno a su modificación o reforma.
- c) Las que prevén un procedimiento de reforma constitucional más complejo que el procedimiento legislativo ordinario, a veces llamado “procedimiento agravado”.
- d) Las que expresamente consienten la reforma constitucional a través del procedimiento legislativo ordinario.

De lo anterior surgen las llamadas constituciones rígidas, correspondientes a las características del inciso c) y también las flexibles, correspondientes a las del inciso d). La *Constitución Política de los Estados*

²⁸⁰ Ragone, Sabrina, “Control de constitucionalidad de la reforma constitucional”, 2014, p. 225.

²⁸¹ Cfr. Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, 2007, pp. 179 y 180.

Unidos Mexicanos, en su Título Octavo denominado “De las reformas de la Constitución”, artículo 135, fundamenta la posibilidad de que sea reformada. Dicho precepto establece lo siguiente:

la presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.²⁸²

En primer término, la propia Constitución mexicana prevé la posibilidad de que sea reformada, tal como se puede leer en la primera parte del artículo transcrito; después, incluye la condición necesaria para que dichos cambios puedan formar parte de la Constitución, en resumen, se trata de un primer requisito de las reformas sin el cual no pueden considerarse válidas. Tal requisito está referido a una circunstancia

²⁸² Diario Oficial de la Federación, Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Tomo DCCXLVIII, núm. 21, México, viernes 29 de enero de 2016.

de cantidad, ya que especifica el número de personas que pueden autorizar la reforma: las dos terceras partes de los integrantes del Congreso de la Unión que estén presentes, en este sentido, si consideramos que dicho órgano se compone de la cámara de diputados (500 miembros) y la cámara de senadores (128 miembros), el total de ambas es de 628 individuos que conforman en su totalidad al Congreso de la Unión, y las dos terceras partes previstas en el artículo analizado da una cantidad de 419 personas que serían los votos necesarios (en caso de que el día de la sesión se encuentre la totalidad de los miembros presentes) para cumplir con ese requisito de validez de las reformas establecido en la propia Constitución.

El segundo requisito es que la mayoría de las legislaturas de los estados (incluida ahora la Ciudad de México) aprueben dicha reforma. Si consideramos que en México hay 32 entidades federativas, la mayoría (se entiende mayoría absoluta, es decir, el 50% más 1) serían 17 estados cuyas legislaturas aprueben dichas adiciones o reformas.

El último elemento del artículo analizado contiene una regla procedimental referida al órgano cuya atribución sería el cómputo de la votación de las legislaturas de los estados y, eventualmente, la realización

de la declaración (ello si son aprobadas tales reformas o adiciones).

El artículo 135 crea al Poder Constituyente permanente que también es un poder constituido, aunque su naturaleza es muy distinta a la de los demás, por tanto, es un poder absoluto y plenamente constitucional, lo cual marca una gran diferencia con el Poder Constituyente originario, que es extraconstitucional y no tiene fundamento jurídico alguno.²⁸³

Cuando una Constitución ya ha sido creada por el Poder Constituyente originario se espera que dicho documento fundamental rija al Estado destinatario hacia delante en el tiempo, pero se prevé la posibilidad de que pueda ser reformado por otras causas sociales:

las leyes no son ni pueden ser eternas y que solamente la concepción teológica y la escuela racionalista sostuvieron la inmutabilidad del Derecho. La misma tesis es válida en el campo de las constituciones, más aún, la doctrina [...] sostuvo la necesidad del principio.²⁸⁴

²⁸³ Cfr. Faya Viesca, Jacinto, *Teoría constitucional*, 2008, p. 231.

²⁸⁴ De la Cueva, Mario, *Teoría de la Constitución*, México, 2014, p. 131.

Lo anterior significa que es razonablemente previsible que en el futuro exista la necesidad de realizar cambios. La premisa para lo anterior es la soberanía, concepto que hace alusión al poder estatal que tiene el pueblo para que en todo momento se dé la forma de gobierno que más le convenga y, también, puedan aplicarse ajustes al documento que fue creado con base en el mismo principio:

la potestad de reformar la Constitución es otro de los atributos de la soberanía [...] los términos soberanía, función constituyente y reforma de la Constitución se encuentran estrechamente vinculados, así como también que la función constituyente no se agota ni puede agotarse en el acto de dictar la Constitución, porque ello equivaldría a enajenar la libertad a un ordenamiento.²⁸⁵

Como ya se expuso, de acuerdo con la facilidad o dificultad con la que se puedan realizar esas reformas a una Constitución, la doctrina ha realizado una clasificación que hace alusión a su rigidez o flexibilidad (según sea el caso):

el grado de rigidez de cada texto constitucional concreto se encuentra en relación directa con la mayor o menor dificultad que dispone ese mismo texto para

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 132.

su propia reforma. Con un grado máximo de rigidez se encuentran las constituciones que no permiten cambiar ninguna de sus disposiciones; en realidad, en esos casos, se habla de constituciones “petrificadas”, más que de constituciones rígidas.²⁸⁶

Es necesario distinguir entre reforma a la Constitución y mutación constitucional, ya que esta última se refiere a cambios en la Constitución manteniéndose inalterado el texto. Hay quien considera que el artículo 135 favorece la mutabilidad constitucional, el cambio en sus preceptos contenidos, pero asegura la permanencia de sus principios y valores de carácter fundamental.²⁸⁷ Al respecto se pueden considerar cuatro supuestos:²⁸⁸

- a) Mutación debida a una práctica política que no se opone formalmente a la Constitución escrita y para cuya regulación no existe ninguna norma constitucional.
- b) Mutación por imposibilidad de ejercicio o por desuso de las competencias y atribuciones establecidas en la Constitución, de tal manera que los preceptos dejan de ser derecho vigente.

²⁸⁶ Carbonell, Miguel, *Elementos de Derecho Constitucional*, México, 2013, p. 22.

²⁸⁷ Cfr. Faya Viesca, Jacinto, *op. cit.*, pp. 197 y 198.

²⁸⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 207 y 208.

- c) Mutación por una práctica en oposición a los preceptos de la Constitución.
- d) Mutación a través de la interpretación de los términos de la Constitución de tal modo que los preceptos obtienen un contenido distinto de aquel para el que fueron pensados.

De la misma manera, el artículo 135 citado expresa que la Constitución, además de ser reformada, puede ser adicionada, lo que significa ampliar, completar o agregar, y esto también impide eliminar derechos o garantías:

el artículo 135 establece: 'La presente Constitución puede ser reformada o adicionada'. Al utilizar la palabra 'adicionar', el Constituyente quiso hacer alusión a la facultad del órgano reformador de ampliar, completar o agregar algún aspecto o característica a algún artículo que hubieran podido omitir o que fuera necesario agregar. A contrario sensu, adicionar impide la restricción o anulación de derechos y garantías que la Constitución consagra.²⁸⁹

En contraste, reformar significa transformar, modificar o alterar, pero, desde el punto de vista semántico, no implica en ningún caso la eliminación de algún precepto constitucional, ya que la estructura

²⁸⁹ Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales...*, op. cit., p. 82.

sostenedora es la que debe prevalecer para seguir manteniendo lo esencial. A lo anterior se contraponen el punto de vista jurídico-positivo, el cual prevé que las limitaciones las establece la Constitución y, en ese sentido, sí es posible que su significado sea “derogar”:

la palabra “reforma”, sin embargo, tiene una acepción mucho más amplia, dado que “reformular” implica transformar, modificar, hacer una alteración patente. Sin embargo, el término “reformular” puede significar muchas cosas; sólo una no: hacer desaparecer, anular o eliminar algún precepto del texto constitucional, ya que para poder reformar algo su estructura debe permanecer, y además ser notoria su subsistencia. Dicha afirmación es válida respecto del significado del término ‘reformular’ desde la perspectiva semántica; sin embargo, desde el punto de vista estrictamente jurídico-positivo, reformar no tiene más limitaciones que las que la propia Constitución establezca; por lo tanto, puede también significar “derogar”.²⁹⁰

En este punto sobreviene la pregunta acerca de cuál es el límite a la atribución del Poder Constituyente permanente respecto a la modificación o adición, específicamente sobre la posibilidad de expedir una

²⁹⁰ Ídem.

nueva Constitución, lo cual no es, por lógica, posible desde la aplicación del artículo 135:

cuando se habla de modificar o adicionar nos referimos a cualquiera de sus preceptos; por lo tanto, no se puede expedir formalmente una nueva Constitución, pero ésta se puede dar de hecho a través de reformas. La reforma total de la Constitución, entendida como su sustitución, no es lógicamente posible desde la perspectiva material mediante la aplicación del procedimiento previsto por el artículo 135, puesto que el producto de la misma sería otra Constitución y ya no se podría hablar de una reforma, a menos que se mantenga el precepto que regula el proceso de modificación. Formalmente hablando, el cuestionamiento desde el punto de visto lógico no es válido, puesto que si no existen limitaciones expresas, todos los preceptos son reformables.²⁹¹

Luego entonces, al no haber limitaciones expresas, todos los preceptos son reformables; sin embargo, se deben considerar las limitaciones tácitas que hacen referencia a la no modificación de los principios constitucionales, bajo los cuales no es posible que sean modificados todos sus preceptos con el resultado de una nueva Constitución.

²⁹¹ *Ibidem*, pp. 82 y 83.

5.7 Reformas a los principios fundamentales de la Constitución

Para abordar este tema es necesario especificar el significado e implicación del concepto de “derechos fundamentales”, con base en ello, se podrá dilucidar la factibilidad de que una Constitución sea reformada concretamente en sus principios fundamentales; asimismo, son importantes los conceptos de “derecho subjetivo” y de “persona”:

propongo una definición teórica, puramente formal o estructural, de “derechos fundamentales”: son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status (sic) de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” (sic) la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.²⁹²

²⁹² Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 2001, p. 19.

A partir de lo anterior es posible vislumbrar una postura respecto a la posibilidad de que los principios fundamentales de la Constitución sean reformados, considerando la existencia del punto de discusión doctrinal y teórico sobre las reformas a la Constitución relativo a la parte o las partes de su texto que pueden ser susceptibles de sufrir dichos cambios, ya que también existe la razonable duda acerca de los límites —si los hay— y alcances de la capacidad reformadora del Poder Constituyente permanente (que, como lo dice la doctrina, deriva de la soberanía). Al respecto, hay quien considera que, incluso, los principios contenidos en la Constitución pueden ser reformados:

el poder reformador de la Constitución es otro de los atributos de la soberanía [...] es un poder inherente al pueblo o nación, un poder supraestatal, de naturaleza político-jurídica, hacedor de reformas a la Constitución creada por el poder constituyente, bien entendido que dentro del vocablo “reformas” quedan incluidos los conceptos de adición y supresión de principios o normas.²⁹³

La anterior postura hace referencia a una capacidad ilimitada en las atribuciones del Poder Constituyente permanente, apoyado en la premisa de que la

²⁹³ De la Cueva, Mario, *op. cit.*, p. 147.

soberanía tiene ese amplio impacto: el pueblo o la nación gozan de un poder que va más allá del poder del Estado (o de los órganos constituidos), y su carácter político y jurídico lo coloca en una posición de primacía respecto al propio ente estatal, en virtud de que fue la soberanía del propio pueblo la creadora del poder que, a su vez, creó a la Constitución (Poder Constituyente originario), por tanto, dice esta tesis, las reformas realizadas por el Poder Constituyente permanente pueden versar sobre principios y su adición o supresión. Sin embargo, existe la postura contraria:

la tesis de la ilimitabilidad de sus atribuciones rompe el principio de la seguridad jurídica y del sistema de control de la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos, pues si el poder reformador puede hacerlo todo, si puede suprimir o cambiar los principios fundamentales de la Constitución, podría suprimir nuestro juicio de amparo y la jerarquía de las normas consignadas en el artículo 135.²⁹⁴

Las posturas mencionadas ponen en franca competencia ciertos axiomas constitucionales, que en realidad son también principios del Derecho en general, por lo que la pugna generada entre el poder soberano del pueblo y la deseable permanencia de

²⁹⁴ *Ibídem*, p. 177.

los principios constitucionales ha generado una discusión teórica en torno del valor (y la prelación) que se le debe otorgar a uno o a otro. Una postura conciliadora mantiene un punto intermedio:

claro está que el poder reformador puede adicionar o reformar los preceptos que consignan los derechos humanos individuales y sociales, pero lo que no puede hacer es derogarlos totalmente [...] ni podría tampoco nulificarlos a pretexto de adiciones o reformas.²⁹⁵

Hay quien sustenta, sin embargo, que las adiciones y reformas no podrán nunca ser para limitar o destruir los derechos de las personas ni los derechos de la sociedad, ni la soberanía del pueblo y sus consecuencias, porque esos derechos y la soberanía del pueblo son naturales, proceden de la naturaleza humana, son condiciones indispensables de su vida y de su desarrollo, la libertad y el derecho no son concesiones de la ley ni del gobernante, sino verdades eternas e inmutables que el gobernante y la ley siempre deben respetar, proclamar, defender y asegurar.²⁹⁶

²⁹⁵ *Ibídem*, p. 178.

²⁹⁶ Cfr. Del Castillo Velasco, José María, *Apuntamientos de derecho constitucional mexicano*, 1871, pp. 350-367.

Asimismo, existe la postura de que “hay otras constituciones que no permiten la revisión de algunas de sus disposiciones, consagrando, por tanto, espacios intocables para la acción del poder reformador de la Constitución”,²⁹⁷ es decir, el propio Poder Constituyente Originario previó la posibilidad de que se reformaran solo ciertas partes del texto fundamental que creó, y postuló la prohibición o permisión respectiva atendiendo a las características inherentes de las disposiciones que se pretendan reformar.

En ese orden de ideas, es necesario hacer referencia al vocablo “principio”, al respecto, el *Diccionario de la Lengua Española* en algunas de sus definiciones indica que es la base, origen o razón fundamental sobre la cual se procede discurriendo en cualquier materia, causa u origen de algo, cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes y norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta.²⁹⁸

El concepto de principio y, sobre todo, el de principio constitucional, hace referencia a ciertas disposiciones de la Constitución que prohíben la modificación a ciertas normas constitucionales, donde la doctrina

²⁹⁷ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 22.

²⁹⁸ Cfr. Real Academia Española, *op. cit.*

distingue la intangibilidad articulada (referida a la prohibición de la reforma a instituciones constitucionales concretas) y pretende garantizar los valores fundamentales de la Constitución (bajo preceptos constitucionales implícitos que también prohíben su reforma):

bastante más importancia han adquirido recientemente las llamadas disposiciones intangibles de una constitución, que tienen como fin librar radicalmente de cualquier modificación a determinadas normas constitucionales. Aquí hay que distinguir, por lo pronto, dos situaciones de hecho: por una parte, medidas para proteger concretas instituciones constitucionales —intangibilidad articulada—, y, por otra parte, aquellas que sirven para garantizar determinados valores fundamentales de la constitución que no deben estar necesariamente expresados en disposiciones o en instituciones concretas, sino que rigen como “implícitos”, “inmanentes” o “inherentes” a la constitución. En el primer caso, determinadas normas constitucionales se sustraen a cualquier enmienda por medio de una prohibición jurídico-constitucional, y, en el segundo caso, la prohibición de reforma se produce a partir del “espíritu” o telos de la constitución, sin una proclamación expresa en una proposición jurídico-constitucional.²⁹⁹

²⁹⁹ Loewenstein, Karl, *op. cit.*, p. 189.

En cuanto a la prohibición implícita a las reformas constitucionales surge la cuestión acerca de los límites a dicha reforma por la inmunidad de la que gozan algunos valores ideológicos fundamentales, implícitos, inmanentes o inherentes a la Constitución, por lo que “en oposición a los límites expresados en la constitución misma, cabría aquí hablar de límites no articulados o tácitos”.³⁰⁰

Ahora bien, la doctrina ha distinguido, derivados de la interpretación a la Constitución, ciertos principios que la caracterizan, éstos se encuentran integrados en su parte dogmática y orgánica; en la primera de ellas se encuentran aquellos relacionados con las decisiones políticas fundamentales, las cuales estructuran lo que se ha llamado el “núcleo constitucional”, y son los derechos humanos y los derechos fundamentales en dos categorías:

- a) Las garantías individuales (entiéndase derechos humanos individuales).
- b) Las garantías sociales (entiéndase derechos humanos colectivos).³⁰¹

³⁰⁰ *Ibidem*, pp. 192 y 193.

³⁰¹ Cfr. Uribe Arzate, Enrique, *El sistema de justicia constitucional en México*, 2006, p. 62.

En cuanto a la parte orgánica, los principios se encuentran en los siguientes aspectos:

- a) Forma de Estado (república representativa, democrática y federal).
- b) Fines del Estado (democracia como sistema de vida, educación laica, gratuita y obligatoria, paz y solidaridad internacional, protección y desarrollo de la familia, protección de la salud, protección de los menores, protección de la seguridad y soberanía de la nación).
- c) Forma de gobierno (su fundamento: soberanía; su diseño: división de poderes, los tres niveles de gobierno, los estados y el municipio).
- d) El ejercicio del poder público (legalidad, competencia, elecciones periódicas, sistema representativo).
- e) Medios de control del poder público (control de legalidad y control de constitucionalidad).³⁰²

Lo anterior significa que pueden existir límites implícitos a la reforma constitucional, considerados por la doctrina como aquellos principios constitucionales, como la democracia y los derechos fundamentales de los seres humanos,³⁰³ pero también existe otro tipo de límites llamados lógicos, que derivan de la

³⁰² Cfr. *Ibidem*, pp. 64-66.

³⁰³ Cfr. Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría...*, pp. 193-195.

estructura lógica del lenguaje constitucional o del concepto mismo de Constitución, determinada por el carácter jerárquico que las normas tienen sobre la reforma, ya que el procedimiento de reforma constitucional no puede ser aplicado a las mismas normas que lo regulan.³⁰⁴

Asimismo, existe otra corriente muy difundida que se sustenta en el concepto de los principios supremos, pues están sustraídos a la revisión constitucional, ya que conforman la llamada "constitución material", locución que se emplea para designar un conjunto de valores morales y políticos de tipo fundamental que, aunque no están expresos en el texto constitucional, son presupuestos por diversas disposiciones constitucionales o por todas ellas en complejo, por ello están supraordenados a la Constitución.³⁰⁵

En suma, los principios constitucionales son: supremacía, fundamentalidad (la Constitución da validez al sistema jurídico y normativo del Estado), permanencia (mal llamada inviolabilidad, esta última se relaciona con la actividad de los órganos controladores de la constitucionalidad):

³⁰⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 197.

³⁰⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 198 y 199.

consiste en que su creación tiene sustento en la finalidad de que su vigencia sea indeterminada, lo cual no implica su carácter perenne, sino que está creada para regir actos futuros por tiempo indeterminado y que será suplida cuando el órgano competente así lo considere necesario.³⁰⁶

Otro principio constitucional es la reformabilidad de la Constitución. En México, el artículo 136 constitucional ordena:

esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta.³⁰⁷

³⁰⁶ García Ramírez, César y García Camino, Bernardo, *Teoría constitucional*, 2007, p. 81.

³⁰⁷ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial, Órgano del gobierno provisional de la República Mexicana, Tomo V, 4ª Época, núm. 30, México, lunes 5 de febrero de 1917.

Por otro lado, una de las posiciones más discutidas e influyentes respecto al análisis de los principios constitucionales es la siguiente:

toda Constitución debe de contener solamente los principios fundamentales de las instituciones del Estado, los derechos fundamentales del ser humano, y las relaciones entre los órganos del Estado y los de éstos con los particulares.³⁰⁸

Sin embargo, existen constituciones en cuyo texto se incluyen, además, preceptos de carácter secundario, con lo que surge la discusión acerca de la viabilidad de que a tales normas se les catalogue como constitucionales o no, como fundamentales o no, por el simple hecho de estar incluidas en el documento fundamental. Lo anterior, desde luego, es responsabilidad del Poder Constituyente permanente, órgano encargado de realizar las modificaciones necesarias. Todo ello da pauta para plantear la cuestión sobre la existencia o no de normas constitucionales que por su contenido puedan ser consideradas como anticonstitucionales:

de lo que aquí se trata, en el fondo, es de un renacimiento del derecho natural, emprendido como defensa frente al positivismo jurídico, especialmente de

³⁰⁸ Faya Viesca, Jacinto, *op. cit.*, p. 202.

la escuela vienesa de Kelsen, que predominó durante los años 20, aunque su influencia se dejó sentir mucho antes. Expresando la problemática en una fórmula concisa: ¿Existen normas constitucionales anticonstitucionales, cuya anticonstitucionalidad radique en el hecho de que el legislador constitucional haya sobrepasado los límites internos que le están impuestos por los valores fundamentales inmanentes a una constitución?³⁰⁹

Ahora bien, existen dos posturas en cuanto a la posibilidad de reformar la Constitución, la primera de ellas se refiere a la limitación de reformabilidad, la cual está basada en la sustancia de los preceptos que se pretendan modificar, de tal forma que si se trata de decisiones políticas fundamentales (forma de gobierno, forma de Estado, etcétera), entonces no se deben realizar cambios en el texto constitucional. La segunda postura considera que la Constitución puede ser reformada de manera ilimitada por el Poder Constituyente permanente, ya que dicho órgano actúa en ejercicio de la soberanía popular:

en el fondo, de lo que se trata es de si los derechos fundamentales —o, mejor, los derechos del hombre— son traídos consigo por el hombre con su nacimiento a la sociedad estatal, siendo pues inviolables e inalienables dado su carácter natural, o si por el contrario

³⁰⁹ Loewenstein, Karl, *op. cit.*, pp. 192 y 193.

son otorgados por la sociedad estatal en virtud del orden de la comunidad, pudiendo ser, por lo tanto, limitados y determinados en su ámbito de aplicación. Aquí está, evidentemente, el problema cardinal de los derechos fundamentales y de su inmunidad contra intervenciones constitucionales que sobrepasan la mera protección o garantía constitucional.³¹⁰

Las prohibiciones expresadas en las constituciones son límites materiales que se le han impuesto al órgano encargado de la reforma constitucional, los cuales no se pueden traspasar ni infringir pues son prohibiciones que establecen límites expresos y contundentes que no cuentan con supuestos de excepción; la doctrina los conoce como cláusulas de intangibilidad con valor de garantía de perpetuidad.³¹¹

En México no se cuenta con cláusulas como las mencionadas, por lo que el Poder Constituyente permanente podría, válidamente, reformar los principios fundamentales contenidos en la Constitución, por ejemplo, el artículo 40 donde se establece como voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática y federal.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 193.

³¹¹ Cfr. Faya Viesca, Jacinto, *op. cit.*, p. 256.

Una de las reglas que la doctrina ha sostenido con relación a la posibilidad de reforma a los principios constitucionales es la relacionada con la posibilidad de acrecentarlos, es decir, parece ser razonable el hecho de que si la reforma a tales aspectos es con la finalidad de incrementar los derechos humanos, las garantías, las libertades, etcétera, entonces los límites pueden ser flexibilizados, de lo contrario, si se trata de restringirlos, entonces surge la limitación a dicha reforma. Lo anterior puede sustentarse en la esencia del vocablo reformar, el cual, como se expuso, significa modificar algo con la intención de mejorarlo:

al efecto, en la Constitución de un país puede tener dos clases de límites a sus reformas: límites explícitos o textuales, llamados: "cláusulas de intangibilidad", o bien límites implícitos o no textuales, cuya existencia sólo puede ser deducida indirectamente, unas veces como consecuencia lógica de los preceptos en que descansa el sistema constitucional considerado en su conjunto y otras veces como correlato de pronunciamientos expresos de la Constitución, como por ejemplo, cuando se señala expresamente la inviolabilidad de un determinado derecho o de ciertos principios [...]. De acuerdo con estas ideas puede decirse que las reformas que afecten las garantías individuales para menguarlas o aniquilarlas y no para ampliarlas o para

protegerlas, deben considerarse como límites implícitos, porque indudablemente se encuentran ellas comprendidas dentro de los principios sancionados por la Constitución de México y declarados inviolables en el artículo 136. Igual conclusión ha de sustentarse, para no permitir modificación sustancial en lo tocante a la organización de la división de poderes.³¹²

La actividad jurisdiccional en México ha proveído de ciertos criterios ilustrativos acerca de la reforma a los principios contenidos en la Constitución, por ejemplo, respecto al Juicio de Amparo como medio de impugnación contra el contenido de la propia Constitución se tiene:

el caso concreto no queda comprendido en ninguno de los supuestos de procedencia del juicio de amparo [...]. Se afirma lo anterior, dado que el caso de que se trata no encuadra ni en la fracción II, ni tampoco en la fracción III, de los artículos 103 de la Constitución Federal y 1º de la Ley de Amparo, porque no se aduce por la parte quejosa en la demanda de amparo invasión alguna de soberanías entre la Federación y los Estados. Tampoco queda comprendido el caso que se estudia en la fracción I de los mismos artículos 103 de la Carta Magna y 1º de la Ley invocada, en virtud

³¹² Sánchez Medal, Ramón, *El fraude a la Constitución. Y el único amparo en México contra una reforma demolitoria de la Constitución*, México, 1988, pp. 14-16.

de que para que el juicio fuera procedente en los términos de la fracción mencionada, sería preciso que el concepto “leyes” a que se refieren tales disposiciones comprendiese a la Constitución General de la República, lo que es inaceptable [...]. Efectivamente el juicio de amparo constituye un medio de defensa, el más eficaz, de nuestra Constitución Política, por lo cual resulta absurdo y contra toda lógica jurídica que se pretenda utilizar ese medio de defensa para impugnar, y en su caso destruir, la Constitución, de la cual forma parte la adición señalada como acto reclamado.³¹³

La revisión de la Constitucionalidad de las reformas a la Constitución es un debate jurídico que ha producido posturas y argumentos a favor y en contra. En el caso mencionado se sustentó que el Juicio de Amparo contra leyes es improcedente para impugnar alguna reforma a la Constitución, en virtud de que no es una codificación legal que haya sido producto del Poder Legislativo, sino que se trata de un documento constitucional producto del Poder Constituyente. También existe la cuestión acerca de la inconstitucionalidad de algún precepto establecido en la propia

³¹³ Primer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito del Distrito Federal, Sentencia del 31 de enero de 1983, recaída al Recurso de Queja interpuesto en contra de auto del 15 de diciembre de 1982 dictado por el juez cuarto de Distrito en materia administrativa en el Distrito Federal, en el Juicio de Amparo 410/82.

Constitución, derivado de la posible contradicción entre sus preceptos.

Derivado de la cuestión respecto a la posibilidad de que una reforma a la Constitución sea inconstitucional por razón de su contenido, la doctrina³¹⁴ ha concluido, en términos generales, con lo siguiente:

- a) Los órganos que tienen el poder de reformar y adicionar la Constitución de acuerdo con su artículo 135 son el Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados, ya que son órganos constituidos que deben a ella su existencia como producto de un órgano constituyente.
- b) El artículo 135 constitucional constriñe la actividad de los órganos que tienen el poder reformatorio a “reformar” y “adicionar”, lo cual significa que sólo pueden hacer modificaciones a un ente que existe, como es la Constitución, con el fin de perfeccionarlo para que cumpla con su cometido, pero conservando su existencia, no destruyéndolo, porque se estaría dando vida a un ente distinto, lo cual, sólo es facultad de la nación mexicana.
- c) Los límites de tales órganos, debido al contenido de las reformas que realizan, pueden ser de

³¹⁴ Cfr. Rodríguez Vázquez, Miguel Ángel, “¿Es posible que una reforma a la Constitución sea inconstitucional por razón de su contenido?”, 1997.

dos tipos: expresos e implícitos. En el caso de la Constitución mexicana son del segundo tipo, pues aun cuando no se mencionen textualmente, no debe desconocerse su existencia, ya que se llegaría al absurdo de considerar que no tiene tal esencia y que la nación mexicana se despoja del Poder Constituyente, además, si se toma en cuenta la filosofía de los derechos humanos, para el caso de que una reforma suprimiera una de las llamadas “garantías constitucionales”, se estaría atentando en contra de la naturaleza del ser humano. En nuestro sistema jurídico se hace un reconocimiento de esos derechos al incluirlos y garantizarlos en diversos artículos de la Constitución, por lo que pasan a formar parte de los límites que tiene el poder reformador.

- d) El artículo 136 de la Constitución mexicana prevé lo relativo a la inviolabilidad, al mencionar que no perderá su fuerza y vigor aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia ni cuando por trastornos públicos se establezca un gobierno contrario a los principios que instaura, de tal manera que, con este artículo, se pretende garantizar que en nuestro país haya seguridad jurídica para que nadie quebrante sus principios por medios violentos, pero tampoco los órganos que ella misma ha creado.

- e) En caso de que un artículo, surgido de una reforma constitucional realizada a través del procedimiento que establece el artículo 135 de la Constitución, no esté en concordancia con ella, sino que, por el contrario, pugne con sus valores y principios, se encontrará viciado de inconstitucionalidad.

Asimismo, resulta importante considerar la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que adicionó un quinto párrafo a su artículo 105: "son improcedentes las controversias constitucionales o acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto controvertir las adiciones o reformas a esta Constitución",³¹⁵ y también modificó el primer párrafo de la fracción II de su artículo 107 para quedar de siguiente manera:

las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de personas quejasas que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlas y protegerlas, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda. Tratándose de juicios de amparo que resuelvan la inconstitucionalidad de

³¹⁵ Diario Oficial de la Federación, "Decreto por el que se reforma el primer párrafo de la fracción II del artículo 107, y se adiciona un quinto párrafo al artículo 105, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de inimpugnabilidad de las adiciones o reformas a la Constitución Federal".

normas generales, en ningún caso las sentencias que se dicten fijarán efectos generales. No procederá el juicio de amparo contra adiciones o reformas a esta Constitución.³¹⁶

De ahí la importancia de los límites a las reformas de una Constitución que pueden clasificarse en implícitos o explícitos, los primeros se refieren a los principios tácitamente contenidos en el texto constitucional y los segundos relativos a la prohibición expresa de reforma que la propia Constitución establece. Incluso esos límites se deben considerar como formales (cuando están relacionados con el procedimiento) o materiales (cuando están relacionados con el fondo o el contenido de la reforma); es en esos últimos —los de fondo— donde se encuentran los límites explícitos e implícitos mencionados:

los límites a la reforma constitucional se suelen distinguir entre formales y materiales, siendo los primeros los que se refieren al procedimiento y los segundos los relativos al fondo. Por lo general, el procedimiento suele estar determinado en su totalidad, o cuando mucho se hace referencia a las reglas del procedimiento legislativo como fuente integradora; al contrario, dentro de la segunda categoría se pueden encontrar límites tanto explícitos —cláusulas de

³¹⁶ Ídem.

intangibilidad— como implícitos, es decir, no expresamente previstos en una norma particular del texto constitucional.³¹⁷

No obstante, aun con la presencia de cláusulas de intangibilidad, con las cuales se podría considerar que son las reglas de no reformabilidad de una Constitución y que fuera de ellas no hay más, es posible (y deseable) que se consideren los principios constitucionales, esto es, las prohibiciones implícitas:

aun en presencia de cláusulas de intangibilidad, se plantea el problema de la existencia o no de otros principios constitucionales irreformables (en Italia, por ejemplo, además de la forma republicana, inmodificable conforme al artículo 139 constitucional, la doctrina y la jurisprudencia han individualizado aquellos principios supremos que no se pueden someter a reforma). Se trata de límites que pueden ser deducidos de las cartas fundamentales mediante técnicas exegéticas de carácter teleológico o axiológico.³¹⁸

En caso de que pudieran ser reformados los principios constitucionales, implicaría la posibilidad no de reforma, sino de una renovación o sustitución del

³¹⁷ Ragone, Sabrina, "Reforma constitucional (límites implícitos)", 2014, p. 1113.

³¹⁸ Ídem.

documento constitucional. Al conjunto de principios que están plasmados en una Constitución la doctrina le ha llamado “núcleo duro”, el cual, al modificarse, se convierte en una sustitución. Otras posturas han dado en llamarle “estructura básica” de la Constitución y también “decisiones políticas fundamentales” o “contenidos fundamentales”:

la idea primordial es la existencia de un núcleo duro cuya transformación implicaría una sustitución (así la denomina la Corte Constitucional colombiana, por ejemplo) y no una simple reforma: este conjunto de elementos conforma así la identidad constitucional (o el espíritu, como lo define la Constitución noruega). Algunos tribunales supremos han hecho referencia al concepto de “estructura básica” de la Constitución, como, por ejemplo, la Corte Constitucional de Sudáfrica y la Corte Suprema de la India, donde los debates acerca de estos elementos básicos han girado en torno a conceptos como la supremacía constitucional, la democracia, la separación de poderes, el federalismo y los derechos. Asimismo, se ha hablado de decisiones políticas fundamentales (así la Sala Constitucional de Costa Rica) o de contenidos fundamentales.³¹⁹

Por otro lado, la doctrina ha considerado la existencia de límites “lógicos” a la posibilidad de reforma

³¹⁹ Ídem.

de una Constitución, los cuales no pueden ser deducidos de la constitución o de su texto, ya que no se trata:

de vínculos inmanentes y no coyunturalmente relacionados con una carta fundamental específica. En otras palabras, se trataría de límites universales derivados de los conceptos mismos de reforma y de Constitución, con lo cual difieren de los denominados límites implícitos.³²⁰

Que algunos de los principios básicos continúen en la Constitución después de que haya sido reformada, es lo deseable para establecer el límite lógico de la reforma:

justamente, por su carácter general, la doctrina ha considerado dichos límites como absolutos o insuperables mediante procedimientos legales. El límite lógico principal reside en la necesidad de que algo de la Constitución siga en pie después de la reforma, pues de lo contrario se daría una manifestación más o menos espuria de poder constituyente o, como lo denomina una parte de la doctrina, un "fraude constitucional".³²¹

³²⁰ Ragone, Sabrina, "Reforma constitucional (límites lógicos)", 2014, p. 1114.

³²¹ Ídem.

Otro de los problemas relacionado a lo anterior es el de autorreferencialidad, éste consiste en la modificación de las normas que establecen el procedimiento de reforma:

modificar las normas sobre la reforma, a través del procedimiento previsto para ella, presentaría el problema de la autorreferencialidad: es así en los estudios de lógica, donde las frases autorreferenciales se consideran paradójicas y, por lo tanto, sin sentido.³²²

Bajo esta idea se considera que ninguna fuente está habilitada para regular los preceptos ni las condiciones de su propia validez y, en el caso de la Constitución (que prevé el procedimiento de reforma), en realidad crea una autoridad especial para realizar las reformas, la cual es jerárquicamente superior a cualquier otra y no se somete a los poderes constituidos; lo anterior representa una visión jerárquica del sistema jurídico:

donde las normas sobre la producción de normas, a pesar de situarse en la misma fuente (en este caso, la Constitución), fundamentan la modificación de las segundas, y en consecuencia no podrían ser sometidas

³²² Ídem.

a reforma: cada norma tiene que originarse con base en otra superior.³²³

Por ello, la reformas a la Constitución no deben versar sobre la disminución o eliminación de los principios que en ella se encuentran, ya que lo deseable es que se amplíen o se extienda su protección con base en los límites implícitos. Así, por ejemplo, se considera que la organización de la división de poderes no debe ser reformada.³²⁴

Tan universal, tan lógico y hasta de sentido común es que, en lo tocante a las garantías individuales que una Constitución reconoce, no están facultados sus organismos formales para destruir esas garantías, ni siquiera para limitarlas en mayor medida de la prevista en ella.³²⁵

En síntesis, en México la constitución prevé un procedimiento de reforma a ella misma, en su artículo 135, pero de manera implícita debe limitarse a la posibilidad de modificar o ampliar sus disposiciones no relacionadas con los principios relativos al ser, modo de ser y querer ser del pueblo mexicano, sino sólo a aquellas que las regulen:

³²³ Ídem.

³²⁴ Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, pp. 15 y 16.

³²⁵ *Ibidem*, p. 16.

de ello se infiere que los citados órganos no pueden cambiar la esencia de la Constitución al punto de transformarla en una nueva mediante la alteración, supresión o sustitución de los aludidos principios [...] la permisión jurídica contraria a esa prohibición significaría desplazar el poder constituyente, o sea, la soberanía misma del pueblo, hacia órganos constituidos que deben actuar conforme a la Constitución que instituye su existencia y no con la tendencia de destruirla.³²⁶

Lo anterior significa que la Constitución salvaguarda su propia esencia por medio de mecanismos que están establecidos en ella misma y que se traducen en reglas procedimentales que atienden a la conservación de la naturaleza estatal.

³²⁶ Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, p. 383.

Fuentes de información

- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- Andrade Sánchez, J. Eduardo. *Derecho constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Oxford University Press, México, 2008.
- Aragón, Manuel, "Interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, mayo-agosto de 1986.
- Bagni, Silvia, "Constitución en sentido sustancial", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal constitucional y convencional*, Tomo I, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014.
- Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1992.
- Bidart Campos, Germán J., *Filosofía del derecho constitucional*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1969.

- Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987.
- Bodin, Jean, *Los seis libros de la República* [selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala], Editorial Tecnos, Madrid, 1997.
- Brewer-Carías, Allan R., "Control de constitucionalidad concentrado", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal constitucional y convencional*, Tomo I, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014.
- Brewer-Carías, Allan R., "Control de constitucionalidad difuso", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal constitucional y convencional*, Tomo I, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014.
- Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, Editorial Porrúa, México, 2010.
- Carbonell, Miguel, *Elementos de Derecho Constitucional*, Editorial Fontamara, México, 2013.
- Carpizo, Jorge y Madrazo, Jorge, *Derecho constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991.
- Carré de Malberg, Raymond, *Teoría del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998.

- Da Silva, José Alfonso, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
- De la Cueva, Mario, *Teoría de la Constitución*, Editorial Porrúa, México, 2014.
- De La Hidalga, Luis, *Teoría constitucional*, Editorial Porrúa, México, 2007.
- Del Castillo Velasco, José María, *Apuntamientos de derecho constitucional mexicano*, México, Imprenta del Gobierno, 1871.
- Diario Oficial de la Federación, "Decreto por el que se reforma el primer párrafo de la fracción II del artículo 107, y se adiciona un quinto párrafo al artículo 105, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de inimpugnabilidad de las adiciones o reformas a la Constitución Federal", Secretaría de Gobernación, México, 31 de octubre de 2024.
- Escobar Fornos, Iván, *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Hispamer, Nicaragua, 1998.
- Estrada Michel, Rafael, "Constituyente permanente", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal constitucional y convencional*, Tomo I, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014.

- Eto Cruz, Gerardo, "Defensa constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal constitucional y convencional*, Tomo I, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014.
- Faya Viesca, Jacinto, *Teoría constitucional*, Editorial Porrúa, México 2008.
- Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silvero Salgueiro, Jorge (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y Corte Suprema de Justicia de la República de Paraguay, Asunción, Paraguay, 2012.
- Fix-Zamudio, Héctor, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010.
- Fix-Zamudio, Héctor, *Evolución del control constitucional en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.
- Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano", en *Estudios jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992.

- García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, Editorial Civitas, España, 2009.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Editorial Civitas, España, 1985.
- García Ramírez, César y García Camino, Bernardo, *Teoría constitucional*, Iure editores, México, 2007.
- Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, Editorial Fontamara, México, 2007.
- Guastini, Riccardo, "Sobre el concepto de Constitución", en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.
- Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Editorial Ariel, México, 1980.
- Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, volumen CV, Editorial Reus (S. A.), Madrid, 1927.
- Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971.
- Huerta Ochoa, Carla, "Constitución en sentido formal", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal constitucional y convencional*, Tomo I, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014.

- Huerta Ochoa, Carla, "Constitución en sentido material", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal constitucional y convencional*, tomo I, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014.
- Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998.
- Jellinek, George, *Teoría general del Estado*, Editorial BdeF, Buenos Aires, 1943.
- Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State* [traducción castellana: *Teoría general del derecho y del Estado*], Imprenta Universitaria, México, 1949.
- Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001.
- Kelsen, Hans, *La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, Traducción de Jorge García Tejerina a la primera edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1941.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2005.
- Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Editorial Colofón, México, 2006.
- Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel, Barcelona-Caracas-México, 1979.

- Núñez Leiva, J. Ignacio, "El Constitucionalismo, un puzzle para armar (o para desarmar)", en *Ius et Praxis*, vol. 23, núm. 2, Universidad de Talca, Chile, 2017, pp. 463-483. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19754349014>
- Orozco Henríquez, José de Jesús, *El derecho constitucional consuetudinario*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993.
- Piccato Rodríguez, Antonio Octavio, *Ideología y constitución: una aproximación a la teoría constitucional kelseniana*, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, México, 2005.
- Pita Simón, Vladimir, "El discurso del ámbito jurídico constitucional desde la perspectiva de la teoría comunicacional del derecho", en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 47, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022, pp. 317-333. Disponible en <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2022.47.17531>
- Pita Simón, Vladimir, "La tipología de las normas jurídicas en la Teoría Comunicacional del Derecho y su aplicación al Derecho Constitucional", en *Revista Derecho del Estado*, núm. 53, Universidad Externado de Colombia, 2022, pp. 229-251. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/01229893.n53.08>

- Ragone, Sabrina, "Control de constitucionalidad de la reforma constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal constitucional y convencional*, Tomo I, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014.
- Ragone, Sabrina, "Reforma constitucional (general)", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal constitucional y convencional*, Tomo II, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014.
- Ragone, Sabrina, "Reforma constitucional (límites implícitos)", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal constitucional y convencional*, Tomo II, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014, p. 1113.
- Ragone, Sabrina, "Reforma constitucional (límites lógicos)", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal constitucional y convencional*, Tomo II, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014.

- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Edición del tricentenario. 2019. Disponible en <http://www.rae.es>
- Reale, Miguel, *Filosofía do direito*, Saraiva, São Paulo, Brasil, 1965.
- Rodríguez Vázquez, Miguel Ángel, "¿Es posible que una reforma a la Constitución sea inconstitucional por razón de su contenido?", en *La actualidad de la defensa de la Constitución*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM), 1997. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/168/14.pdf>
- Rodríguez, Marcos Francisco del Rosario, "Control de constitucionalidad", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal constitucional y convencional*, Tomo I, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014.
- Rodríguez, Marcos Francisco del Rosario, "Supremacía constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal constitucional y convencional*, Tomo II, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014.
- Romano, Santi, *Principii di diritto costituzionale generale*, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1946.

- Sagües, Néstor Pedro, *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.
- Sánchez Agesta, Luis, *Principios de teoría política*, Nacional, Madrid, 1976.
- Sánchez Medal, Ramón, *El fraude a la Constitución. Y el único amparo en México contra una reforma demolitoria de la Constitución*, Editorial Porrúa, México, 1988.
- Sartori, Giovanni, *Límites de la ingeniería constitucional*, Conferencias magistrales núm. 9., Colección "Temas de la democracia", Instituto Nacional Electoral, México, 2012.
- Schmill, Ulises, "Fundamentos teóricos de la defensa de la Constitución en un Estado Federal", en Cossío, José Ramón y Pérez de Acha, Luis M. (comps.), *La defensa de la Constitución*, México, Ediciones Coyoacán, 1997.
- Schmitt, Carl, *Teoría de la constitución*, Editorial Alianza, Madrid, 1996.
- Sieyés, Emmanuel José, *¿Qué es el tercer Estado? Seguido del ensayo sobre los privilegios*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1973.
- Sieyés, Emmanuel José, *Programa para una revolución*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo contra el procedimiento de reformas a la Constitución*, Serie Debates, Pleno, México, 1997.

- Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Los medios de control de la constitucionalidad", en *¿Qué es el Poder Judicial de la Federación?*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la constitución*, Editorial Fontamara, México, 2006.
- Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1990.
- Uribe Arzate Enrique, *El tribunal constitucional*, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2007.
- Uribe Arzate, Enrique, *El sistema de justicia constitucional en México*, Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 2006.
- Uribe Arzate, Enrique, *Mecanismos para la defensa de la Constitución en México*, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2004.
- Valadés, Diego, *Constitución y democracia*, Serie "Doctrina jurídica" núm. 41, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.
- Valadés, Diego, *El control del poder*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998.
- Zagrebelsky, Gustavo, "La Constitución y sus normas", en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.

Acerca del autor

Joaquín Ordóñez



ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6447-7188>

- Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEMEX).
- Ha publicado artículos en revistas científicas, arbitradas e indizadas, tanto nacionales como internacionales cuya temática es Derecho Constitucional, Teoría de la Democracia y Derecho Electoral.
- Ha sido autor y coordinador de varios libros con esa temática.
- Actualmente es Profesor e Investigador de Tiempo Completo por oposición en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.
- Es fundador y director de la revista científica, arbitrada e indizada, "Ius Comitialis", editada en esa misma Facultad.

- Es responsable de la Red Internacional de Investigación sobre Justicia, Democracia y Paz (RIIJuDeP).
- Es integrante del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores (SNIJ) nivel 2 de la Secretaría de Ciencia, Humanidades, Tecnología e Innovación (SECIHTI).



Teoría constitucional para la Licenciatura en Derecho

de la autoría de Joaquín Ordóñez, se terminó de editar el 11 de mayo de 2026. La edición estuvo a cargo de la Dirección de Bienes Públicos del Conocimiento de la Secretaría de Ciencia, mediante el Departamento de Libros Abiertos. En interiores y portada se empleó la tipografía *Aller*.

María de los Ángeles García Moreno
Análisis e interpretación del sistema antiplagio
y corrección de estilo y ortotipográfica

Juan Manuel García Guerrero
Diseño de portada e interiores

Patricia Vega Villavicencio
Coordinación editorial

Por disposición del Reglamento de Acceso Abierto se publica la versión PDF de este libro en el Repositorio Institucional de la Universidad Autónoma del Estado de México.



Universidad Autónoma
del Estado de México

Secretaría de Ciencia

ACCESO  ABIERTO